

UiO : **Det juridiske fakultet**

Informasjonssvikt i pasientskaderetten

Kandidatnummer: 752

Leveringsfrist: 25.04.15

Antall ord: 17054



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.2	Avgrensning av problemstillingen	1
1.3	Definisjoner.....	2
1.4	Rettskilder	3
1.4.1	Lover.....	3
1.4.2	Forarbeider til pasientskadeloven	3
1.4.3	Rettspraksis.....	4
1.4.4	Forvaltningspraksis: praksis fra Pasientskadenemnda	4
1.4.5	Reelle hensyn.....	4
1.5	Den videre fremstillingen.....	5
2	HOVEDTREKK VED ALMINNELIG ERSTATNINGSRETT.....	7
2.1	Skade	7
2.2	Ansvarsgrunnlag	7
2.3	Årsakssammenheng - betingelseslæren	8
2.4	Adekvanslæren.....	9
2.5	Beviskrav	9
3	PASIENTSKADELOVEN – SENTRALE FORMÅL OG HENSYN.....	11
3.1	Utgangspunktet	11
3.2	Et «objektivisert» erstatningsansvar	12
3.3	Finansiering: forsikrings- og pulveriseringstanken.....	13
4	PASIENTSKADELOVEN § 2	14
4.1	Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a.....	14
4.2	Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstavene b til d.....	15
4.3	Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav e.....	15
4.4	Pasientskadeloven § 2 annet ledd.....	15
4.5	Pasientskadeloven § 2 tredje ledd	16
4.6	Årsakssammenheng og beviskrav	16
5	KRAV TIL SAMTYKKE OG INFORMASJON.....	19
5.1	Samtykke til helsehjelp – hypotetisk samtykke	19
5.2	Pasientens rett til informasjon.....	20
5.3	Informasjonsplikten etter helsepersonelloven.....	21
5.4	Plikten til å føre journal	23

5.5	Kort oppsummering	24
6	RETTSTILSTANDEN I SVERIGE	25
7	RETTSUTVIKLINGEN I NORGE	28
7.1	Lovgivningen	28
7.2	Høyesteretts praksis	29
7.2.1	Cauda equina-dommen	30
7.3	Praksis fra underrettene.....	32
7.4	Pasientskadenemndas praksis	35
8	RETTSSOSIOLOGISKE ASPEKTER	39
8.1	Virkningsbegrepet.....	39
8.2	Lovgivningen sett i en større sammenheng.....	40
9	VURDERING AV RETTSTILSTANDEN	41
9.1	Har pasientskadeloven utilsiktede virkninger	41
9.1.1	Terskelen for erstatning	41
9.1.2	Helsepersonells informasjonsplikt.....	42
9.1.3	Pasientens rettssikkerhet	45
9.2	Cauda equina-dommen som prejudikat.....	46
9.3	Hva taler for hypotetiske vurderinger	47
9.4	Rettsutviklingen og konsekvenser for praktiseringen av pasientskadeloven.....	47
9.5	Tre alternativer	49
10	OPPSUMMERING	52
11	LITTERATURLISTE	53
	VEDLEGG I STATISTIKK FRA NORSK PASIENTSKADEERSTATNING.....	58
	VEDLEGG II AVGJØRELSER FRA PASIENTSKADENEMNDA	59

«En helsejurist bør enda mindre enn andre spesialister bare «finne sin juss» ved skrivebordet.»

(Asbjørn Kjønstad, «Helserett»)

«Men ingen blir klok av skade, som ikke var klok fra før.»

(deLillos, «Sent og tidlig»)

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på pasientskaderetten og den juridiske vurderingen av om det foreligger informasjonssvikt som kan gi grunnlag for pasientskadeerstatning. Drøftelsen vil ha særlig fokus på formålsbetraktninger. Spørsmålet er om pasientskadeloven har utilsiktede virkninger slik den nå praktiseres. Spesielt er det den hypotetiske vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng mellom informasjonssvikt og pasientskade, som er interessant. Som jeg vil komme nærmere inn på i punkt 3 var et av formålene med loven at det skulle bli lettere for pasienter å nå frem med sine erstatningskrav, sammenlignet med rettstilstanden under de alminnelige erstatningsreglene. Likevel får bare et fåtall pasienter i dag medhold for pasientskader der informasjonssvikt er påberopt som ansvarsgrunnlag.

Siden 1999 har det kommet fire helselover som kan sies å ha bidratt til å tydeliggjøre og styrke pasientrettighetene. Spørsmålet er derfor også om denne rettsutviklingen bør ha konsekvenser for praktiseringen av pasientskadeloven og vurderingen av årsakssammenheng ved informasjonssvikt. Den hypotetiske vurderingen som foretas av rettsanvendere i rettssystemet og forvaltningen i dag bygger på en høyesterettsavgjørelse fra 1998, *cauda equina-dommen*¹, som er fra tiden før de nye helselovene.

1.2 Avgrensning av problemstillingen

Avhandlingen avgrenses til å omhandle informasjon til pasienter med samtykkekompetanse, som mottar planlagt helsehjelp i en behandlingsinstitusjon. Informasjon til pasienter som er umyndige eller uten samtykkekompetanse vil ikke omtales særskilt, da avhandlingen ellers ville ha blitt for omfattende. I tillegg gjelder trolig de fleste erstatningssakene spørsmålet om informasjon til pasienter med samtykkekompetanse. Av samme grunner vil jeg heller ikke drøfte situasjoner hvor det av ulike årsaker enten er klart utilrådelig å gi pasienten informasjon, der det på grunn av pasientens tilstand ikke er mulig å informere pasienten, eller der pasienten selv ikke ønsker å motta informasjon og dette ønsket må respekteres. Avhandlingen avgrenses videre til ikke å drøfte samtykke ved livreddende helsehjelp gitt på vital indikasjon. I slike tilfeller er spørsmålet om pasientens samtykke trolig ikke påkrevet på samme måte som ved planlagt helsehjelp. Det er for eksempel antatt i juridisk teori at pasienter har plikt til å motta øyeblikkelig hjelp.² Av Høyesteretts praksis fremgår det at i de

¹ Rt. 1998 s. 1538

² Kjønstad (2007) s. 150

tilfeller der sykdom er livstruende, må pasienten som hovedregel også akseptere langt høyere risiko ved helsehjelpen enn ellers.³

1.3 Definisjoner

Begrepet «informasjonssvikt» er ikke definert i helselovgivningen men må tolkes etter alminnelige rettskildeprinsipper, blant annet ut fra øvrige rettskildefaktorer som forarbeider og rettspraksis.⁴ Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2, første ledd, har pasienten krav på informasjon om sin helsetilstand og den helsetjenesten som gis eller tilbys ham. Nøyaktig hvilken informasjon pasienten har krav på i det konkrete tilfelle er ikke nærmere fastsatt i lovgivningen. Etter forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven fremgår det at informasjonen skal samsvare med kravene til informert samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 og kravet til forsvarlig behandling i helsepersonelloven.⁵ Informasjonen må være tilstrekkelig til at pasienten skal kunne medvirke ved valget av helsehjelp, og den skal være tilpasset situasjonen.⁶ Manglende informasjon kan på selvstendig grunnlag være en behandlingsfeil som kan føre til skade og i tillegg utgjøre en mangel ved pasientens samtykke til helsehjelpen som gis.⁷ Se mer om dette i punkt 5. I den før nevnte *cauda equina*-dommen går det frem at «informasjonssvikt» er et objektive vilkår som henviser til normer utenfor reglene selv.⁸ Begrepet kan dermed karakteriseres som en «rettslig standard», som i juridisk teori defineres som «normer for atferd som ligger utenfor loven selv»⁹.

I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a er en «pasient» definert som «en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle». Definisjonen er kritisert i juridisk teori¹⁰ men for denne avhandlingen er lovens definisjon dekkende. En «pasientskade» kan defineres som de typer skader som har oppstått i forbindelse med utøvelse av helsehjelp og som faller inn under pasientskadeloven § 2. Dette innebærer at skaden som hovedregel må skyldes svikt ved helsehjelpen.¹¹

³ Rt. 2013 s. 653, avs. 32

⁴ Eckhoff (2001) s. 19

⁵ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 129

⁶ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 129

⁷ Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 91

⁸ Rt. 1998 s. 1538, s. 1545

⁹ Kjønsstad (2007) s. 227

¹⁰ Syse (2004) s. 129-130

¹¹ Pasientskadeloven § 2

1.4 Rettskilder

1.4.1 Lover

Blant de sentrale helselover jeg vil komme inn på i denne avhandlingen er først og fremst pasientskadeloven¹² som trådte i kraft 1. januar 2003. I tillegg er pasient- og brukerrettighetsloven¹³ og helsepersonelloven¹⁴ sentrale. Jeg vil også nevne helse- og omsorgstjenesteloven¹⁵ som trådte i kraft 1. januar 2012, da den er interessant i et rettsutviklingsperspektiv.

Forløperen til pasientskadeloven var de midlertidige reglene for somatiske sykehus/ poliklinikker, ofte bare omtalt som «reglene».¹⁶ Dette regelverket trådte i kraft samtidig med etableringen av Norsk pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda som forvaltningsorganer i 1988. Reglenes virkeområde ble etterhvert utvidet til å omfatte psykiatriske institusjoner samt kommunale helsetjenester. Det finnes foreløpig ingen rettspraksis som omhandler pasientskadeloven kontra de midlertidige reglene.¹⁷ I forarbeidene til pasientskadeloven fremgår det at pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag skal være «omtrent like strenge som i de midlertidige reglene»¹⁸. I denne avhandlingen vil derfor praksis etter pasientskadeloven og de midlertidige reglene omtales uten at skillet drøftes nærmere.

1.4.2 Forarbeider til pasientskadeloven

De viktigste forarbeidene til pasientskadeloven er Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) *Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)* og Ot. prp. nr. 55 (1999-2000) *Om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)*. I tillegg ble det utarbeidet et notat fra Arbeidsgruppen som arbeidet med innføringen av pasientskadeerstatning, datert 17. august 1987. Notatet ble lagt til grunn for de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning, og enkelte av reglene er videreført i pasientskadeloven. Høyesterett har ved flere anledninger vist til dette notatet.¹⁹ Det ble også utarbeidet en utredning ved det såkalte Lødruputvalget²⁰, som hadde til oppgave å utrede spørsmålet om en permanent pasientskadelovgivning i Norge.

¹² Lov 15 juni. Nr. 53. 2001 om erstatning ved pasientskader mv.

¹³ Lov 2 juli. Nr. 63. 1999 om pasient- og brukerrettigheter

¹⁴ Lov 2 juli. Nr. 64. 1999 om helsepersonell m.v.

¹⁵ Lov 24 juni. Nr. 30. 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

¹⁶ FOR-1988-01-01-4458

¹⁷ Syse (2011) s. 70

¹⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 63, punkt 11.4.1

¹⁹ Se for eksempel Rt. 1998 s. 1538 og Rt. 2008 s. 218

²⁰ NOU 1992:6

1.4.3 Rettspraksis

Det finnes få avgjørelser av Høyesterett som berører temaet informasjonssvikt i pasientskaderetten. Cauda equina-dommen²¹ fra 1998 er fortsatt den sentrale på området. Domspremissene som gjelder vurderingen av årsakssammenheng ved informasjonssvikt legges fremdeles til grunn av underrettene og forvaltningen ved deres avgjørelser av spørsmålet om årsakssammenheng mellom informasjonssvikt og pasientskade. For å belyse hvordan underrettene tolker Høyesteretts praksis vil jeg også se nærmere på deres avgjørelser og da særlig praksis fra lagmannsrettene.

1.4.4 Forvaltningspraksis: praksis fra Pasientskadenemnda

Pasientskadenemnda, forkortet PSN eller «nemnda», avgjør klagersaker i de tilfeller der pasienten klager på vedtaket fra Norsk pasientskadeerstatning, forkortet NPE. Omlag 40 % av erstatningssøkerne som får avslag på sin søknad hos Norsk pasientskadeerstatning klager til Pasientskadenemnda.²² Nemnda behandlet i 2013 og 2014 rundt 1100 klagesaker årlig.²³ De færreste av disse sakene når rettsvesenet, og langt mindre Høyesterett. Det er derfor interessant å se nærmere på Pasientskadenemndas avgjørelser og spesielt hvordan anførsler om informasjonssvikt vurderes.

Det er en forutsetning for å ta pasientskadesaken videre til domstolene, at klageadgangen er nyttet fullt ut.²⁴ Det gjelder ikke noe prinsipp om at retten ikke kan prøve forvaltningens skjønn; det er selve erstatningskravet, ikke gyldigheten av vedtaket i Pasientskadenemnda, som prøves for domstolene.²⁵ I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2006 s. 1217 fremgår det at praksis fra Pasientskadenemnda kan tillegges vekt ved Høyesteretts behandling av saken «i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis»²⁶.

1.4.5 Reelle hensyn

Betegnelsen «reelle hensyn» er et samlebegrep som omfatter ulike rettslige vurderinger.²⁷ For eksempel kan hensynet til et rimelig eller rettferdig resultat være sentralt²⁸, ikke minst i erstatningsretten.²⁹ Lødrup nevner eksempelvis avveiningen av hvilken risiko skadevolder

²¹ Rt. 1998 s. 1538

²² Pasientskadenemnda (2015a)

²³ Pasientskadenemnda (2015a)

²⁴ Pasientskadeloven § 18 første ledd

²⁵ Rt. 2006 s. 1217 avs. 29

²⁶ Rt. 2006 s. 1217 avs. 38

²⁷ Andenæs (2009) s. 55

²⁸ Eckhoff (2001) s. 24

²⁹ Lødrup (2009) s. 69

kontra skadelidte bør ta ansvar for.³⁰ Formålsbetraktninger kan også være et sentralt reelt hensyn.³¹ En lov kan sies å tjene som middel til å nå et bestemt mål, og med «formålsbetraktninger» menes her en virkningsorientert vurdering og «overveielser av hvordan formålet best skal fremmes»³². Når det gjelder hvilke formål og hensyn som ligger til grunn for pasientskadeloven vil disse omtales nærmere i punkt 3.

På helserettens område har reelle hensyn ved flere tilfeller hatt avgjørende betydning for utfallet av tvilsomme rettsspørsmål. I en dom inntatt i Rt. 1977 s. 1035, den såkalte sykejournaldommen, ble pasienten gitt rett til innsyn i egen journal på bakgrunn av «alminnelige rettsgrunnsetninger»³³ og ikke ut fra rettens tolkning av mer formelle rettskilder som lov og forarbeider. Førstvoterende la særlig vekt på pasientens rett til selvbestemmelse (autonomiprinsippet) og behov for rettssikkerhet.³⁴ Kjønstad mener dommen representerer «et høydepunkt i utviklingen når det gjelder Høyesteretts formulering og bruk av reelle hensyn som rettskilde»³⁵. I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 874, Fusadommen, fastslo Høyesterett at brukere av kommunale tjenester har rett til en viss minstestandard med hensyn til hjemmesykepleie- og hjemmehjelpstelser. Førstvoterende fant at merknader i forarbeidene om at det ikke var tale om noe «sivilt rettskrav» ikke var avgjørende for vurderingen av lovens rettighetsbegrep, men at «[m]an må være åpen for en utvikling i rettsoppfatningen på dette område».³⁶ Hensynet til pasientens behov for omsorg og pleie ble vurdert å veie tyngre enn hensynet til ressursituasjonen i kommunen.³⁷

Bruken av skjønnsmessige uttrykk i loven, som «svikt ved ytelsen av helsehjelp»³⁸, kan føre til at domstolene får et særlig ansvar for rettsavklaringen og rettsutviklingen.³⁹ Dette understøtter også at reelle hensyn er en relevant rettskilde innen pasientskaderetten.

1.5 Den videre fremstillingen

I det følgende vil enkelte sentrale trekk ved alminnelig erstatningsrett belyses, som grunnlag for å se nærmere på hvilke formål og hensyn man ville ivareta ved innføringen av pasientskadeloven. Bestemmelsen i pasientskadeloven § 2 gjennomgås særskilt da det er den

³⁰ Lødrup (2009) s. 69

³¹ Eckhoff (2001) s. 387

³² Eckhoff (2001) s. 387

³³ Rt. 1977 s. 1035, s. 1044

³⁴ Rt. 1977 s. 1035, s. 1046

³⁵ Kjønstad (2006) s. s. 367

³⁶ Rt. 1990 s. 874, s. 887

³⁷ Rt. 1990 s. 874, s. 888

³⁸ Pasientskadeloven § 2 første ledd, bokstav a)

³⁹ Kjønstad (2006) s. 364

sentrale regelen som omhandler ansvarsgrunnlaget for pasientskadeerstatning. Jeg vil også se kort på hvordan informasjonssvikt behandles etter svensk rett. Pasientens rett til informasjon kan ses i sammenheng med hovedregelen om samtykke til helsehjelp, helsepersonells informasjonsplikt og plikten til å føre journal. Jeg vil derfor omtale hovedinnholdet av disse pliktene og rettighetene. Spørsmålet om pasientskadeloven har utilsiktede konsekvenser belyses på bakgrunn av formålshensyn, visse rettssosiologiske aspekter og funn i statistisk materiale fra retts- og forvaltningspraksis. Spørsmålet om rettsutviklingen kan eller bør influere på vurderingen av informasjonssvikt belyses ved en fremstilling av hovedtrekkene ved rettsutviklingen på helserettens område, samt underrettsdommer og avgjørelser fra pasientskadenemnda. Til sist vil jeg foreta en vurdering av rettstilstanden etter *cauda equina*-dommen, og se på alternativer til dagens praksis.

2 Hovedtrekk ved alminnelig erstatningsrett

Erstatningsretten springer ut av reparasjonstanken, det vil si formålet om å bøte på en allerede oppstått skade, og av prevensjonshensyn, som gjelder målet om å forebygge skade.⁴⁰ Erstatning hadde opprinnelig også sammenheng med straffansvaret: å betale erstatning kan sees på som skadevolders mulighet til å gjøre opp for seg i forhold til skadelidte.⁴¹ Erstatningsretten har derfor et pønalt element, selv om det i dag ikke er noen direkte sammenheng mellom erstatningsretten og strafferetten.⁴² Retten til erstatning kan sees i sammenheng med øvrige kompensasjonssystemer som finnes i samfunnet, som folketrygden eller ulike forsikringsordninger.⁴³

2.1 Skade

Etter alminnelig erstatningsrett er det tre grunnvilkår som må være oppfylt for at erstatningsansvar skal inntre. For det første må det foreligge en skade, og skaden må gjelde et gode som omfattes av erstatningsreglene.⁴⁴ Nygaard snakker om *realskade*, som kan være fysisk eller psykisk skade på person, eller fysisk skade av ting.⁴⁵ Innen pasientskaderetten er det naturlig nok personskadene som er det sentrale, selv om tingskade også kan omfattes.⁴⁶ Selve skadebegrepet er vanskelig å definere klart, annet enn at det kan avgrenses som «eit negativt faktum, eller som ein ugunstig effekt»⁴⁷. Skaden må kunne verdsettes økonomisk da utgangspunktet etter norsk rett er at det er den skadelidtes økonomiske tap som skal erstattes.⁴⁸

2.2 Ansvarsgrunnlag

For å ha rett til erstatning må det kunne påvises et ansvarsgrunnlag.⁴⁹ Ansvarsgrunnlaget kan igjen deles inn i to hovedgrupper: subjektivt ansvar (culpa, skyldregelen) og objektivt ansvar (ansvar uavhengig av skyld).⁵⁰ Under disse hoveformene finnes ulike undergrupper, deriblant objektivt ansvar hvor det likevel forutsettes skyld, som for eksempel arbeidsgivers ansvar etter skadeerstatningsloven § 2-1.⁵¹

⁴⁰ Nygaard (2007) s. 18

⁴¹ Nygaard (2007) s. 9

⁴² Nygaard (2007) s. 9

⁴³ Lødrup (2009) s. 87-92

⁴⁴ Nygaard (2007) s. 429

⁴⁵ Nygaard (2007) s. 59

⁴⁶ Ot.prp.nr.31 (1998-1999), avs 10.6.2

⁴⁷ Nygaard (2007) s. 59

⁴⁸ Nygaard (2007) s. 4

⁴⁹ Nygaard (2007) s. 5

⁵⁰ Nygaard (2007) s. 5

⁵¹ Nygaard (2007) s. 5

Når det gjelder aktsomhetsvurderingen har særlig skadevolders risiko for å påføre skade, eller skadevolders mulighet til å forhindre skade, stor betydning. Lødruputvalget nevner at «alvorlig sykdomstilstand eller bruk av risikofylt behandlingsmetode medfører skjerpede krav til helsepersonellens aktsomhet [...] Aktsomhetskravet vil videre være strengt ved risiko for særlig alvorlig skade»⁵². Det sentrale i aktsomhetsvurderingen er at handlinger som avviker fra det som vurderes å være en forsvarlig handlemåte, betinger ansvar.⁵³ Vurderingen foretas i lys av de ulike rettskildefaktorene, deriblant reelle hensyn.⁵⁴ Dersom skadevolder ikke hadde noe handlingsalternativ i situasjonen blir det heller ikke tale om subjektivt ansvar, med mindre det var uaktsomt av skadevolderen å sette seg i en slik situasjon at det ikke forelå alternativer til den skadevoldende handlingen.⁵⁵ Har skadevolder god til til å overveie situasjonen er kravene strengere enn der det må handles raskt.⁵⁶

Et objektivt ansvar for personskade finnes blant annet i produktansvarsloven.⁵⁷ Når det gjelder ulovfestet objektivt ansvar for personskader, er kriteriene for når dette skal inntre i lovforarbeidene omtalt som både vage og usikre.⁵⁸ Lødruputvalget nevner at dersom et inngrep har skjedd i samfunnets interesse kan det bli aktuelt med objektivt ansvar, og som eksempel nevnes vaksinasjoner.⁵⁹ Høyesterett fastslo i 1960 at påbudt vaksinasjon mot kopper innebar et «ekstraordinært og særpreget risikomoment» som staten, som hadde påbudt vaksinasjonen, måtte bære risikoen for.⁶⁰ Det objektive ansvaret for pasientskade ved vaksinasjoner er for øvrig i dag lovfestet i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav d).

2.3 Årsakssammenheng - betingelseslæren

Både reparasjons- og prevensjonsformål forutsetter at det kan påvises en årsakssammenheng mellom handling og skade. Dette tredje grunnvilkåret for erstatning er ikke lovregulert, men er hjemlet i sedvaneretten.⁶¹ Utgangspunktet for avgrensningen av ansvar er etter norsk rett betingelseslæren. Dette følger av rettspraksis Rt. 1992 s. 64 (p-pilledom II), og det er senere stadfestet av Høyesterett.⁶² Av betingelseslæren følger det at man skal foreta en hypotetisk vurdering av hva som ville skjedd dersom den skadevoldende handlingen eller unnlatelsen

⁵² NOU 1992:6 pkt. 3.3.2.1

⁵³ Lødrup (2009) s. 133

⁵⁴ Lødrup (2009) s. 132

⁵⁵ Lødrup (2009) s. 148

⁵⁶ Lødrup (2009) s. 150

⁵⁷ Produktansvarsloven § 2-1

⁵⁸ NOU 1992: 6 avs. 8.3

⁵⁹ NOU 1992:6 avs. 8.3

⁶⁰ Rt. 1960 s. 841

⁶¹ Nygaard (2007) s. 322

⁶² Syse (2011) s. 251

tenkes borte.⁶³ Spørsmålet blir dermed om handlingen eller unnlatelsen var en nødvendig betingelse for at skaden skulle inntreffe. Om skaden uansett ville ha oppstått, foreligger det som hovedregel heller ikke tilstrekkelig årsakssammenheng for å kunne pålegge et erstatningsansvar.

2.4 Adekvanslæren

At det foreligger en faktisk årsakssammenheng mellom handlingen og skadefølgen er ikke alene tilstrekkelig.⁶⁴ I norsk rett står også den såkalte «adekvanslæren» sentralt.⁶⁵ Adekvanslæren er en teori utviklet i rettspraksis og juridisk teori. To sentrale adekvanskriterier er påregnelighetskriteriet og nærhetskriteriet.⁶⁶ Den skadevoldende handlingen må være «adekvat», det vil si at den ikke er for fjern eller avledet fra skaden.⁶⁷ I dette ligger det blant annet en forutsetning om at både skadefølgen og hendelsesforløpet begge må være en påregnelig følge av handlingen.⁶⁸ Hva skadevolder hadde mulighet til å forutse og hvor stor sannsynlighet det var for at skaden skulle inntreffe er sentrale momenter i vurderingen.⁶⁹

2.5 Beviskrav

At vilkårene for erstatning foreligger må i den enkelte sak bevises etter vanlige bevisregler. Hovedregelen er dermed at det er den skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger en erstatningsbetingende skade.⁷⁰ Overvektsprinsippet er sentralt. Prinsippet innebærer et krav om at det må være mer enn 50 % sannsynlighet for et gitt faktum.⁷¹ Nygaard påpeker at overvektsprinsippet er et minstekrav⁷². Graden av det erstatningsrettslige vernet kan variere, og på enkelte områder kan det være strengere krav enn hva som følger av overvektsprinsippet. Som eksempel nevner Nygaard at det i norsk rett har vært høyere terskel for beviskravet når det gjelder spørsmål om påført psykisk personskade enn for fysisk, og viser her til høyesterettspraksis.⁷³ I Rt. 1960 s. 357 brukte førstvoterende begrepet «sikkert bevis»⁷⁴ som

⁶³ Kjønstad (2007) s. 264

⁶⁴ Syse (2011) s. 262

⁶⁵ Nygaard (2007) s. 354

⁶⁶ Syse (2011) s. 263

⁶⁷ Nygaard (2007) s. 59

⁶⁸ Nygaard (2007) s. 354

⁶⁹ Syse (2011) s. 264

⁷⁰ Lødrup (2009) s. 356

⁷¹ Nygaard (2007) s. 340

⁷² Nygaard (2007) s. 341

⁷³ Nygaard (2007) s. 66

⁷⁴ Rt. 1960 s. 357 s. 359

en forutsetning for at det skulle bli tale om erstatning når skadelidte var påført skade i form av psykisk sjokk.

Nygaard nevner også at i tilfeller der motparten har opptrådt klart klanderverdig kan beviskravet (tvilsrisikoen) flyttes over på denne.⁷⁵

⁷⁵ Nygaard (2007) s. 341

3 Pasientskadeloven – sentrale formål og hensyn

3.1 Utgangspunktet

Det er flere grunner til at pasientskaderetten ble etablert i Norge på 1980-tallet. I Sverige fikk man egne regler for pasientskadeerstatning i 1975, noe som inspirerte den norske debatten, se punkt 6. Syse nevner at den alminnelige erstatningsretten av flere grunner ble vurdert å være uhensiktsmessig når det gjaldt pasientskadene; blant annet var reglene vage og uklare på dette området.⁷⁶ Domstolene var dessuten generelt tilbakeholdne med å pålegge helsepersonell ansvar, og det å innrømme skyld/uaktsomhet for skadevolderen, typisk et sykehus, ville i de fleste tilfeller innebære et stort prestisjetap.⁷⁷ Resultatet ble at terskelen for å få tilkjent erstatning i pasientskadesakene ble svært høy, og at prevensjons- eller reparasjonsformål derfor ikke ble realisert etter hensikten på dette området.⁷⁸

I forarbeidene ble det videre pekt på at

«alminnelig erstatningsrett ikke gir tilstrekkelig vern for personer som skades ved ytelse av helsetjenester. Mange pasienter unnlater å kreve erstatning selv om vilkårene for å få det er oppfylt [...]. To forhold har bidratt til dette. Dels har det i praksis vist seg å være vanskelig for skadelidte å bevise at vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, og dels er det ofte en langvarig og ressurskrevende prosess å føre en sak om pasientskadeerstatning for domstolene.»⁷⁹

Det pekes her på to sentrale svakheter ved å bruke regler for alminnelig erstatningsrett på pasientskadesakene:

- 1) Pasientens erstatningsrettslige vern var for svakt. Beviskravene etter alminnelig erstatningsrett ble vurdert å være for strenge når det gjaldt pasientskader.
- 2) Kravet til at pasientskadesaker måtte behandles ved alminnelig søksmål for domstolene, var for strengt. Skadelidte (som oftest pasienten selv) burde slippe å måtte gå til søksmål for å få erstatning. Rettssaker er ofte langvarige og ressurskrevende. Langt fra alle pasienter makter å bruke tid, penger og krefter på å føre sak.

Noe av formålet med innføringen av pasientskadeloven kan derfor sies å være ønsket om å styrke pasienters rettigheter, og å gjøre det enklere å fremme erstatningskrav for oppstått pasientskade. Det overnevnte utdrag fra forarbeidene tyder på at man mente det var

⁷⁶ Syse (2011) s. 26

⁷⁷ Syse (2011) s. 26

⁷⁸ Syse (2013) s. 588

⁷⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 5

problematisk at så få pasienter fremmet, eller nådde frem med, sine rettmessige erstatningskrav.

At terskelen for erstatning skulle senkes sammenlignet med den alminnelige erstatningsretten, går også frem av det følgende:

«Departementet har valgt å bruke Lødruputvalgets uttrykk «feil eller svikt» i stedet for «uaktsomhet» ved utformingen av ansvarsgrunnlaget. Det uttales at ved «feil eller svikt» skal det markeres at terskelen for hvilke handlinger som kan karakteriseres som uaktsomme, skal være forholdsvis lav».⁸⁰

På denne bakgrunn kan det tolkes inn et formål om at flere pasienter i fremtiden skulle nå frem med sine erstatningskrav i pasientskadesaker, sammenlignet med tilstanden under den alminnelige erstatningsretten.

3.2 Et «objektivisert» erstatningsansvar

Forarbeidene til pasientskadeloven omhandler et «objektivisert» erstatningsansvar ved pasientskade, og at objektive eller objektiviserte lovregler innebærer en utvidelse av ansvaret sammenlignet med de alminnelige erstatningsreglene.⁸¹ Den store forskjellen mellom behandlingen av pasientskader etter alminnelig erstatningsrett og pasientskadeloven er nettopp det at skadelidte gjennomgående skal ha rett til erstatning for oppståtte pasientskader, selv i de tilfeller hvor ingen har utvist skyld.

At ansvaret etter forarbeidene betegnes som «objektivisert» tyder på at det ikke er tale om et rent objektivt ansvar. Dette blir nærmere omtalt i punkt 4 om de ulike ansvarsgrunnlag som oppstilles i pasientskadeloven § 2.

I 1987 ble det opprettet et utvalg som fikk i mandat å utrede og foreslå lovbestemmelser om et objektivt erstatningsansvar i pasientskadesaker; det før nevnte Lødruputvalget. Utvalget pekte på at det å pålegge erstatningsplikt på objektivt grunnlag krever en særlig begrunnelse, da det «skapes en gruppe skadelidte som rettslig sett stilles i en økonomisk «priviligert» stilling»⁸². Når lovgiver har bestemt seg for å gi pasienter en særstilling i samfunnet, bunner det i «bestemte risikooverveielser og rimelighetsbetraktninger»⁸³. Utvalget viste her til at det på mange andre livsområder var kommet lovverk som pålegger objektivt ansvar eller

⁸⁰ Innst.O.nr.68 (2000-2001) avs. 1.1.11

⁸¹ Innst.O.nr.68 (2000-2001) avs. 1.1.8

⁸² NOU 1992:6 avs. 8.2

⁸³ NOU 1992:6 avs. 8.4

forsikringsplikt til gunst for skadelidte. Som eksempel ble regelverket knyttet til yrkesskadeforsikring nevnt. I forarbeidene til lov om yrkesskadeforsikring⁸⁴ fremgår det at:

«Arbeidstakerne bør for det første ut fra et grunnleggende rettferdssynspunkt ikke selv bære følgene av arbeidsulykker og skadelig påvirkning i arbeidsforhold. De utsetter seg for en risiko som de bare i liten grad kan kontrollere selv, og bør da holdes skadesløse hvis risikoen gir seg utslag i skade»⁸⁵.

Videre ble det vist til kritikken som har vært reist mot helsetjenesten om at det synes å være tradisjon for å holde og behandle problemer de skaper, internt.⁸⁶ Utvalget mente at pasientene trengte et bedre vern i denne sammenheng, og at «[d]ette kan skje enten ved en utbygging av de materielle erstatningsregler i objektiv retning for bestemte typetilfelle, eller ved en endring i bevis- og saksbehandlingsregler, eller ved en kombinasjon av disse»⁸⁷.

Lødruputvalget pekte også på at et skjerpet ansvar, som et objektivisert ansvar må sies å være, trolig ville virke skadeforebyggende, ihvertfall til en viss grad: «Det er i norsk rett alment akseptert at objektivt ansvar kan ha en preventiv virkning, selv om dette ikke kan dokumenteres nærmere [...] Den større åpenhet om skader vil utvilsomt ha innflytelse på rutiner, behandlingsopplegg m.v.»⁸⁸.

3.3 Finansiering: forsikrings- og pulveriseringstanken

De ulike ytere av offentlige helsetjenester, som helseforetakene og kommunene med flere, har sammen ansvar for å bidra til å finansiere erstatningsutbetalingene, mens staten skal dekke driften av Norsk pasientskadeerstatning, Pasientskadenemnda og advokatutgifter.⁸⁹ Dette gjøres ved bevilgninger over statsbudsjettet. Private ytere av helsetjenester bidrar til finansieringen gjennom en obligatorisk forsikringsordning «til dekning av ansvaret etter loven»⁹⁰. Erstatning for det økonomiske tapet pasienten er påført finansieres dermed gjennom innbetalinger fra de ulike potensielle skadevolderne. I praksis vil utgiftene til pasientskadeerstatningen «pulveriseres» og fordeles på offentlige og private tilbydere og utøvere av helsetjenester, til gunst for den skadelidte pasient.

⁸⁴ Lov 16. juni nr. 65. 1989 om yrkesskadeforsikring

⁸⁵ Ot.prp.nr.44 (1988-1989) s. 40

⁸⁶ NOU 1992:6 avs. 8.5

⁸⁷ NOU 1992:6 avs. 8.5

⁸⁸ NOU 1992:6 avs. 8.5

⁸⁹ Forskrift 20.desember 2002 nr. 1625, kapittel 5

⁹⁰ Pasientskadeloven § 8a

4 Pasientskadeloven § 2

Pasientskadeloven § 2 er bestemmelsen om mulige ansvarsgrunnlag i pasientskadesaker. Bestemmelsen er uttømmende; det er kun når et slikt ansvarsgrunnlag foreligger, at pasientskade utløser erstatningsplikt. Det er staten, ved Norsk pasientskadeerstatning, som er den ansvarlige.

4.1 Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a

Pasientskadeloven § 2 første ledd lyder: «Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes

a) svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes»

Bokstav a) er hovedregelen om ansvarsgrunnlag.⁹¹ Formuleringen «når skaden skyldes» viser til kravet om årsakssammenheng. Dersom det ikke er årsakssammenheng, for eksempel der skaden på pasienten skjer på annet grunnlag enn det som nevnes i loven, har pasienten ikke rett til erstatning. Selve skadebegrepet skal forstås som i erstatningsretten ellers, og omfatter både fysiske og psykiske skader.⁹² Dette til forskjell fra de midlertidige reglene, som kun omfattet fysiske skader.

Det skjønnsmessige uttrykket «svikt ved ytelsen av helsehjelp» er det sentrale kriteriet for vurderingen. I forvaltningen tar man utgangspunkt i at medisinsk behandling som ikke er i tråd med god medisinsk praksis på behandlingstidspunktet, representerer svikt ved helsehjelpen i lovens forstand.⁹³ Det er selve behandlingen, og ikke sluttresultatet av den, som vurderes i det enkelte tilfelle.⁹⁴

Det er ikke mulig å lese direkte av lovteksten at informasjonssvikt faller innenfor lovens virkeområde. I lovens forarbeider fremgår det imidlertid uttrykkelig at «skader som følge av manglende informasjon prinsipielt sett faller innenfor hva som må karakteriseres som behandlingsfeil»⁹⁵. Som eksempel nevnes amputasjon av en fot på grunn av koldbrann. Koldbrann vil ubehandlet medføre svært alvorlige følger for pasienten. Det kan derfor ikke kreves erstatning for den tapte foten om pasienten på forhånd ikke ble informert om amputasjonen. Derimot kunne det tenkes at det oppsto psykiske plager i sammenheng med inngrepet. Slike plager kunne ifølge forarbeidene ha blitt mindre om pasienten var blitt informert på forhånd, og kan derfor være erstatningsbetingende.

⁹¹ Ot. Prp. nr. 31 (1998-1999)

⁹² Ot. Prp. nr. 31 (1998-1999)

⁹³ PSN-2011-726

⁹⁴ PSN-2013-1151

⁹⁵ NOU 1992:6

Med uttrykket «selv om ingen kan lastes», fremgår det at vilkåret for erstatning er objektivisert. Den skadelidte har krav på erstatning selv om det ikke kan bevises at skaden skyldes at noen enkeltperson har utvist skyld.

Karakteristikken «objektivisert» ansvar gjenspeiler at pasienten ikke uansett har rett til erstatning for en oppstått skade. Skaden må skyldes «svikt» ved helsehjelpen. Om det først påvises at skaden skyldes slik svikt, har det ingen betydning om noen kan lastes for å ha utvist uaktsomhet i situasjonen. I praksis er sviktvurderingen en vurdering av om den aktuelle helsehjelpen avviker fra kravene som stilles til «vanlig god medisinsk virksomhet»⁹⁶. En handling som er utført i tråd med god medisinsk praksis er normalt også medisinsk forsvarlig, og som utgangspunkt ikke å definere som noen «svikt». Handlingen er dermed heller ikke erstatningsbetingende. Vurderingen avhenger av hva som etter sakkyndig skjønn vurderes å være god medisinsk praksis på skadetidspunktet.

4.2 Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstavene b til d

Selv om det ikke foreligger svikt ved helsehjelpen, kan det likevel forekomme ansvar på objektivt grunnlag. Et hovedvilkår er fortsatt at det kan påvises faktisk årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og den aktuelle pasientskaden. Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav b) er en bestemmelse om ansvar på objektivt grunnlag dersom det foreligger teknisk svikt i forbindelse med helsehjelpen som ytes. Etter bokstav d) foreligger også rent objektivt ansvar ved pasientskader som skyldes vaksinasjon. Bokstav c) utgjør en «objektivisert mellomform»⁹⁷ når det gjelder smitte og infeksjoner som ikke i hovedsak skyldes forhold ved pasienten selv. For eksempel vil en pasientskade som skyldes en infeksjon som i hovedsak kan tilskrives forhold ved pasienten ikke medføre rett til erstatning.

4.3 Pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav e

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav e), kan det gis erstatning for forhold som medfører ansvar for helse- og omsorgstjenesten eller helsepersonell etter alminnelige erstatningsregler. Det er et vilkår at forholdet gjelder en pasientskade. Ansvarret må ifølge forarbeidene kunne rettes mot en virksomhet eller person i privat eller offentlig helsetjeneste.

4.4 Pasientskadeloven § 2 annet ledd

I bestemmelsens annet ledd, går det frem at det «skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt. Utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært

⁹⁶ Syse (2011) s. 106

⁹⁷ Syse (2011) s. 104

forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard.» Forarbeidene nevner at momentene særlig vil være av betydning i forhold til bestemmelsens første ledd bokstav a). Formuleringen «med rimelighet» viser ifølge forarbeidene til pasientens forventninger, heller enn helsepersonellens handlemåte. Men pasientens forventninger er objektivisert. Spesielle forventninger pasienten kan ha fått ut fra hva legen har garantert, er uten betydning.⁹⁸

4.5 Pasientskadeloven § 2 tredje ledd

Etter pasientskadeloven § 2, tredje ledd, kan pasienten i særlige tilfeller ha krav på erstatning selv om det ikke foreligger svikt ved helsehjelpen; det vil si selv om det ikke er påvist årsakssammenheng mellom svikt og pasientskade som påkrevet etter første ledd. Bestemmelsen skal etter forarbeidene regnes som en «sikkerhetsventil» som skal fange opp situasjoner der det ville være svært urimelig at pasientens tap ikke ble erstattet.⁹⁹ Lovens vilkår er da at pasientskaden må være «særlig stor eller uventet» og at den ikke er å regne som «utslag av en risiko pasienten må akseptere». En viss risiko vil det være ved mange typer helsehjelp, kanskje særlig i tilfeller der det gis aktiv behandling, medisiner eller operative inngrep. I vurderingen av om skaden er et utslag av en risiko pasienten må akseptere, vil vurderingen av grunnlaget for helsehjelpen stå sentralt.¹⁰⁰ Det er videre uttrykkelig nevnt i bestemmelsen at det skal vektlegges om pasienten er gitt tilstrekkelig informasjon om helsehjelpen. Selv om helsehjelpen er korrekt medisinsk sett, kan det altså tenkes å foreligge erstatningsplikt dersom pasienten ikke ble tilstrekkelig informert om den på forhånd.

I praksis fungerer bestemmelsen som en snever unntaksbestemmelse som sjelden fører til medhold i erstatningssaker.¹⁰¹

4.6 Årsakssammenheng og beviskrav

Informasjonssvikt gir ikke uten videre rett til erstatning. Det må etter rettspraksis kunne påvises en årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og pasientskaden.

Nygaard nevner tre kumulative vilkår som gjelder fastslåelsen av årsakssammenheng, nemlig forekomst, årsaksevne og realisering.¹⁰² Forekomst gjelder hvor hyppig skaden forekommer, det vil si sannsynligheten for skade. Realisering er kravet til at skaden må ha realisert seg i en

⁹⁸ Ot. Prop. nr. 31 (1998-1999) s. 91

⁹⁹ Ot. Prop. nr. 31 (1998-1999) s. 91

¹⁰⁰ Syse (2011) s. 117

¹⁰¹ Se Vedlegg I

¹⁰² Nygaard (2007) s. 324

eller annen form hos den skadelidte, i dette tilfelle pasienten. Årsaksevnen kan beskrives som den evnen handlingen har til å forårsake den aktuelle skaden.¹⁰³

Hva er «årsaksevnen» i de tilfeller der det foreligger informasjonssvikt som mulig ansvarsgrunnlag? Svaret synes ikke å være like opplagt som for andre typer skader, for eksempel der kirurgen gjør en operasjonsteknisk feil under operasjonen. Aasen mener at verken pasientskadeloven eller lovens forarbeider gir noe entydig svar på hvordan kravet om årsakssammenheng skal formuleres i disse tilfellene.¹⁰⁴ Det fremgår imidlertid av Høyesteretts praksis at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at et inngrep har medført pasientskade, og at kravet til samtykke fra pasienten ikke er oppfylt. Av dommen inntatt i Rt. 1998 s.1538 følger det at det i tillegg må foretas en hypotetisk vurdering av om pasienten ville ha samtykket dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon på forhånd, se punkt 7.2.

Hovedregelen er dermed at dersom pasientskaden mest sannsynlig uansett ville ha oppstått, er det ikke tilstrekkelig årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og pasientskaden, og pasienten har da ikke rett til erstatning.

I forarbeidene til pasientskadeloven fremheves pasientens ansvar for å fremme saken, men at beviskrav som stilles «[b]åde etter den midlertidige ordningen og etter den ellers gjeldende erstatningsrett gis erstatning bare når det blir krevet, og kravet er ledsaget av en viss begrunnelse [...] Når saken først er i gang, legger en det faktum en finner mest sannsynlig til grunn».¹⁰⁵ Forarbeidene sier også om kravene til bevisets styrke at de

«må tilpasses partenes 'bevisposisjoner' - bevisvurderingen vil ta hensyn til dem. I det hele må - som det bl.a. heter i produktansvarslovproposisjonen (s. 75-76) - 'utgangspunktet for fastsettelsen av beviskravene i slike saker være at de ikke gjøres strengere enn at en vesentlig del av de skadelidte vil kunne oppfylle dem.»¹⁰⁶

Etter pasientskadeloven § 3 foreligger det en presumsjon for at pasientskaden skyldes feil eller svikt ved helsehjelpen dersom årsaksforholdene er uklare og skaden «sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen».¹⁰⁷ I forarbeidene er det klart uttalt at bestemmelsen typisk gjelder klemskader under operasjoner, og at den bare er aktuell når den ytre påvirkningen har skjedd under selve pasientbehandlingen.¹⁰⁸ Ut fra dette kan

¹⁰³ Nygaard (2007) s. 325

¹⁰⁴ Aasen (2002) s. 225

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) s. 69

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) s. 70

¹⁰⁷ Pasientskadeloven § 3

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) s. 91

bestemmelsen tolkes til ikke å gjelde for informasjonssviktbedømmelsen. Juridisk teori fremholder at rettspraksis fra tingrettene viser at pasientskadeloven § 3 er en ren bevisregel, og at den derfor ikke hjemler et selvstendig erstatningsansvar.¹⁰⁹ Syse nevner at hensikten med bestemmelsen er å «unngå vidløftige vurderinger av uklare fakta»¹¹⁰.

¹⁰⁹ Syse (2011) s. 127

¹¹⁰ Syse (2011) s. 126

5 Krav til samtykke og informasjon

For å kunne samtykke til helsehjelp, må pasienten ha tilstrekkelig informasjon om den helsehjelpen som tilbys, både de forventede positive virkninger og eventuelle mulige negative konsekvenser.

5.1 Samtykke til helsehjelp – hypotetisk samtykke

Med innføringen av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, er hovedregelen etter norsk rett at pasienten skal samtykke til helsehjelp før helsehjelpen gis. Inngrep som gjelder enkeltpersoners liv og helse må ha hjemmel, og dette gjelder også innenfor helsetjenesten. Syse mener det ulovfestede legalitetsprinsippet kan sees som hjemmel for denne bestemmelsen.¹¹¹ Loven kan sies å rettsliggjøre rammene for helsehjelp og relasjonen mellom pasient og helsetjeneste. Kravet til samtykke avgrenses samtidig blant annet av kravet til forsvarlig helsehjelp etter helsepersonelloven § 4.¹¹²

Syse¹¹³ nevner tre hovedkrav til et gyldig samtykke:

- 1) Personell kompetanse: pasienten må ha formell rettshandleevne, og ikke for eksempel være umyndiggjort eller mindreårig. Pasienten må også ha personlige forutsetninger til å forstå samtykkets konsekvenser og forpliktelser det medfører. Hvilke personer som har samtykkekompetanse fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.
- 2) Prosessuell kompetanse: samtykket må ikke ha tilblivelsesmangler som kan forekomme ved for eksempel tvangs- eller sviksituasjoner, og det må oppfylle eventuelle formkrav som skriftlighet. I utgangspunktet er skriftlig og muntlig samtykke likestilte, men særlovgivning kan stille eksplisitte formkrav. Stilltiende samtykke kan etter norsk lov aksepteres.
- 3) Materiell kompetanse: samtykket må gjelde et forhold pasienten gyldig kan samtykke til. For eksempel kan man etter norsk rett ikke gyldig samtykke til barmhjertighetsdrap.¹¹⁴

Et skriftlig samtykke øker som regel muligheten til å bevise hvilken informasjon som ble gitt, sammenlignet med et muntlig samtykke. Det skaper større sikkerhet for at samtykke faktisk er gitt, og for at pasienten har tenkt igjennom konsekvensene av samtykket før underskrivelse.¹¹⁵

¹¹¹ Syse (2004) s. 286

¹¹² Syse (2004) s. 286

¹¹³ Syse (2004) s. 292-293

¹¹⁴ Rt. 2000 s. 646 s. 653

¹¹⁵ Syse (2004) s. 299

Loven krever imidlertid ikke at det som hovedregel må foreligge enten uttrykkelig skriftlig eller muntlig samtykke. Et stilltiende samtykke aksepteres i utgangspunktet på linje med et uttrykkelig samtykke.¹¹⁶ Nygaard nevner at kravene til samtykke kan variere med situasjonen: For mindre inngripende helsehjelp kan det vurderes som tilstrekkelig at pasienten selv har oppsøkt helsehjelpen eller medvirket til en undersøkelse, mens for mer inngripende og kompleks helsehjelp kreves det normalt pasientens uttrykkelige samtykke.¹¹⁷

Begrepet «hypotetisk samtykke» kan sidestilles med presumert eller antatt samtykke, og er ikke nevnt i helselovgivningen.¹¹⁸ At loven ikke eksplisitt nevner hypotetisk samtykke, er i juridisk teori antatt å kunne forklares med at det som hovedregel ikke er tilstrekkelig som rettsgrunnlag for utøvelse av helsehjelp.¹¹⁹

Forholdet mellom hypotetisk samtykke til helsehjelp og hypotetiske vurderinger som ellers foretas i ersatningsrettslige vurderinger, kommer til syne i *cauda equina*-dommen.¹²⁰ Her foretar Høyesterett en hypotetisk vurdering av om pasienten ville ha samtykket til helsehjelpen. På bakgrunn av den hypotetiske vurderingen utleder retten deretter om det mest sannsynlig foreligger årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og pasientskaden i det aktuelle tilfelle, se punkt 7.2.1.

5.2 Pasientens rett til informasjon

Pasientens rett til informasjon er av avgjørende betydning for at pasienten skal kunne gi gyldig samtykke og medvirke til helsehjelpen.¹²¹ Informasjon om helsehjelpen er også av betydning for pasientens mulighet til senere å kunne søke erstatning for en eventuell pasientskade.¹²²

Det er pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 første ledd som gir hovedregelen om pasientens rett til informasjon: «Pasienten skal ha den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Pasienten skal også informeres om mulige risikoer og bivirkninger.»

¹¹⁶ Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2

¹¹⁷ Nygaard (2007) s. 480

¹¹⁸ Syse (2004) s. 301

¹¹⁹ Kjønstad (2007) s. 262

¹²⁰ Rt. 1998 s. 1538 og Kjønstad (2007) s. 262

¹²¹ Syse (2004) s. 247

¹²² Syse (2004) s. 250

Nøyaktig hvilken informasjon pasienten har krav på, går ikke direkte frem av lovteksten. Informasjonen skal imidlertid tilpasses den enkeltes individuelle forutsetninger, så langt dette lar seg gjøre.¹²³

Av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1993 s. 1169 fremgår det at retten mener at omfanget av helsevesenets opplysningsplikt overfor pasienten, ikke er klar. Utgangspunktet er ifølge førstvoterende at pasienten har krav på informasjon som ikke utelater «vesentlige risikomomenter»¹²⁴. Man kan anta at komplikasjoner det er liten risiko for at skal oppstå, er «uvesentlige», og at det derfor ikke kan være plikt til å informere om slike. På den annen side kan sjeldne komplikasjoner være svært alvorlige for pasienten, og dermed kanskje likevel falle inn under kategorien «vesentlige». Dommen ble avsagt mange år før pasient- og brukerrettighetsloven trådte i kraft, men det er ennå ikke kommet nyere avgjørelser fra Høyesterett som klargjør innholdet i rettigheten tydeligere enn dette.

5.3 Informasjonsplikten etter helsepersonelloven

Helsepersonelloven § 10 tar for seg plikten til å gi den enkelte pasient informasjon. Første ledd, første punktum, lyder: «Den som yter helse- og omsorgstjenester, skal gi informasjon til den som har krav på det etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 til 3-4.» Bestemmelsen er etter forarbeidene ment å være kodifisering av gjeldende rett.¹²⁵ Den tidligere, nå opphevede, legeloven § 25, tredje ledd, første punktum, lød: «Han [her: legen] skal gi hver pasient de opplysninger han bør ha om sin helsetilstand og behandling.»

Informasjonsplikten har nær sammenheng med pasientens rett til å samtykke og medvirke til helsehjelp. Hovedregelen er at helsehjelp bare skal gis med pasientens samtykke.¹²⁶ Pasienten har rett til å bestemme over eget liv og egen helse, og det er spesielt nevnt i forarbeidene at handlinger i strid med dette grunnleggende kravet er ulovlige.¹²⁷ Det fremgår videre at den som handler i strid med kravet til samtykke, kan komme i erstatningsansvar.¹²⁸ Forarbeidene gir imidlertid ikke noe klart svar på spørsmålet om nøyaktig hvilken informasjon pasienten har krav på. Det fremgår at svaret må bero på en skjønnsmessig avveining ut fra forhold ved situasjonen og pasienten med mer. Helsepersonell er forpliktet til å gi informasjon på en

¹²³ Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5

¹²⁴ Rt. 1993 s. 1169, s. 1174

¹²⁵ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s. 221

¹²⁶ Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1

¹²⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s.39

¹²⁸ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s.39

forståelig måte, og så langt som mulig sikre seg at pasienten oppfatter informasjonen, for eksempel ved å stille kontrollspørsmål.¹²⁹

I *cauda equina*-dommen refererer Høyesterett til notatet fra Arbeidsgruppen som forberedte ordningen med de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning:

«En annen form for informasjonssvikt har man dersom legen mot beste helsefaglige skjønn unnlater å orientere pasienten om alternative behandlingsformer eller risikoforhold ved en undersøkelse eller behandling. I den utstrekning det foreligger årsakssammenheng, bør skade som følge av mangel på slik informasjon, også gi grunnlag for erstatning. Riktignok kan det her være tale om risiko som det er nødvendig å ta for å oppnå det ønskede resultat. Skaden rammer imidlertid uventet p.g.a. manglende informasjon, og pasienten bør derfor ha krav på erstatningsrettslig vern. Arbeidsgruppen forutsetter her at det har vært mulig å informere pasienten før undersøkelse eller behandling ble satt i verk.»¹³⁰

Førstvoterende oppsummerte det slik at «[b]åde ordlyden og lovforarbeidene taler for en ganske omfattende informasjonsplikt, når denne lar seg gjennomføre rent praktisk»¹³¹.

Pasientskadenemndas avgjørelse i en sak fra 2013¹³² gjaldt en pasient som blant annet fikk tale- og spisevansker etter en operasjon i tungen. Nemnda tok her utgangspunkt i en informasjonsplikt begrenset til «vesentlige» komplikasjoner: «Nemnda legger uttalelsen fra dr. Elverland til grunn om at risikoen for aktuelle komplikasjoner er svært liten. Det foreligger ingen informasjonsplikt for en slik lav risiko, det er *kun vesentlige risikomomenter* det skal informeres om.» Det samme resonnementet finnes i en avgjørelse fra 2015. Her går det frem at «punktering av tykktarmen er en kjent, men meget sjelden komplikasjon ved innleggelse av PEG-sonde. Dette anses *ikke som et vesentlig risikomoment* ved behandlingen, og det innebærer derfor ikke svikt at pasienten ikke fikk denne informasjonen»¹³³.

Muligheten til å innklage navngitt helsepersonell kan nevnes i denne sammenheng. Selv om det ikke kan påvises årsakssammenheng mellom informasjonssvikt og skade, kan den enkelte helsearbeider likevel ilegges en administrativ reaksjon for å ha brutt helsepersonelloven § 10 og plikten til å gi informasjon.

¹²⁹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s.39 og s. 221

¹³⁰ Rt. 1998 s. 1538 s. 1545

¹³¹ Rt. 1998 s. 1538, s. 1546

¹³² PSN-2013-331, min uthevelse

¹³³ PSN-2013-1601, min uthevelse

5.4 Plikten til å føre journal

Ifølge forskrift om pasientjournal skal en journal «først og fremst være et redskap for å sikre at pasientene får forsvarlig helsehjelp, men har også andre funksjoner»¹³⁴. Journalens bevismessige betydning, blant annet i erstatningssaker, fremheves.¹³⁵

Av forskriftens § 8 bokstav i, går det frem at pasientjournalen skal inneholde opplysninger om hovedinnholdet av den informasjon og de råd som er gitt pasienten, dersom de er «relevante og nødvendige». Hva som skal dokumenteres, og hvor grundig, er dermed et spørsmål som må avgjøres ut fra helsearbeiderens skjønn i det enkelte tilfelle. Det nevnes at det blant annet «bør» fremgå av journalen at pasienten har fått den informasjon som er nødvendig for å kunne samtykke til den aktuelle helsehjelpen, slik pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 foreskriver.

Som nevnt i punkt 2.5 er kravet til bevisbyrde i utgangspunktet lagt på skadelidte. Det går imidlertid frem av pasientjournalforskriften at det «ikke bør stilles for strenge krav til bevisets styrke fordi de faktiske omstendigheter ofte ikke helt ut lar seg oppklare, og det for pasienten ofte kan være vanskelig å fremskaffe bevis»¹³⁶.

Bestemmelsen i pasientskadeloven § 3 omhandler bevisbyrden ved uklare årsaksforhold, og at bevistvil under visse omstendigheter kan løses i favør av den skadelidte pasienten, som nevnt i punkt 4.6. Prinsippet ble først fastslått i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1989 s. 674.¹³⁷ Saken gjaldt en pasient som ble operert for struma. Her kom bevistvil pasienten til gode fordi journalen ble vurdert å være mangelfull, og dette førte til uklarhet når det gjaldt årsakssammenhengen mellom helsehjelpen og pasientskaden. Den mangelfulle dokumentasjonen fra sykehusets side medførte at bevistvilen ble avgjort i pasientens favør. I dommen fremgår det at «[n]år denne sikreste kilde til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punkt, anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet for oppfylt»¹³⁸. Prinsippet ble gjentatt i en dom fra Gulating lagmannsrett i 2005: «Når operasjonsskildringa, som er den sikreste kjelda til kunnskap om kva som skjedde og vart gjort, ikkje er forståeleg, så må det reknast som prova at behandlinga ikkje har vore adekvat»¹³⁹. Hva som var årsaken til at journalen hadde uforståelig innhold var ifølge lagmannsretten irrelevant.

¹³⁴ Forskrift om pasientjournal, merknader til § 8

¹³⁵ Forskrift om pasientjournal, merknader til § 8

¹³⁶ Forskrift om pasientjournal, merknader til § 8

¹³⁷ Rt. 1989 s. 674 s. 682

¹³⁸ Rt. 1989 s. 674 s. 682

¹³⁹ LG-2005-79735

5.5 Kort oppsummering

Hovedregelen etter norsk rett er at helsehjelp skal baseres på pasientens gyldige samtykke. Før helsehjelpen ytes skal pasienten som utgangspunkt informeres om helsehjelpens innhold, mulige alternativer og mulige positive og negative følger av helsehjelpen. Etter rettspraksis må pasienten spesielt informeres om vesentlige risikomomenter ved helsehjelpen. For øvrig beror kravet til informasjonens innhold for en stor del på helsearbeidernes faglige skjønn. Hovedinnholdet av informasjonen som gis skal dokumenteres i pasientjournalen, også med tanke på at pasienten kan behøve slik dokumentasjon i en senere erstatningssak. Dersom pasienten ikke har fått tilstrekkelig informasjon til at samtykket til helsehjelpen vurderes som gyldig, foreligger det som utgangspunkt informasjonssvikt.

6 Rettstilstanden i Sverige

I det følgende vil det redegjøres kort for hovedtrekkene ved den svenske pasientskaderetten og hvordan informasjonssvikt behandles der. Sverige var først ute med å innføre en ordning med pasientskadeerstatning i de nordiske landene, og det norske regelverket er inspirert av det svenske.¹⁴⁰

Etter den svenske pasientskadeloven, som trådte i kraft i 1997¹⁴¹, erstattes som hovedregel pasientskader som skyldes behandling, utstyr, diagnostisering, infeksjon, ulykker/hendelige uhell («olycksfallsskada») og medisinerings.¹⁴² I lovforarbeidene fremgår det at det er gode grunner til at pasientskadeerstatningen skal stå i en særstilling i erstatningsretten. Blant annet nevner man at det «[f]rån psykologisk synpunkt är [...] en särdeles otillfredsställande konsekvens om en patient, som utsatt sig för behandling i avsikten att bli frisk, i själva verket drabbas av en ny skada på grund av behandling»¹⁴³.

Utgangspunktet for vurderingen av både behandlings- og diagnoseskader er den såkalte «spesialistnormen»¹⁴⁴, som innebærer at helsehjelpen som ble gitt pasienten i ettertid vurderes ut fra hvilken helsehjelp en spesialist på området ville ha gitt vedkommende. Dette skiller seg fra norsk rett, hvor helsehjelpen vurderes ut fra om den var i tråd med god medisinsk praksis på behandlingstidspunktet. Det er i juridisk teori antatt at bruken av spesialistnormen medfører at pasienter som utgangspunkt trolig har noe større mulighet til å få tilkjent erstatning for pasientskade etter svensk rett, sammenlignet med norsk.¹⁴⁵

Informasjonssvikt inngår etter svensk rett ikke som et eget ansvarsgrunnlag i pasientskadelovgivningen, slik det gjør i norsk rett. I forarbeidene er det nevnt at man vurderte saken, men besluttet å holde informasjonssvikt utenfor loven inntil videre.¹⁴⁶ Årsaken var blant annet at bevissituasjonen ved informasjonssvikt ofte blir svært komplisert.¹⁴⁷ Man mente at vanskelige bevisvurderinger og en «ord mot ord»-situasjon tilsa at behandlingen av spørsmålet om informasjonssvikt burde skje innen rammen av ordinær domstolsbehandling,¹⁴⁸ da muligheten til en grundigere utredning i den enkelte sak vil øke.

¹⁴⁰ Syse (2011) s. 81

¹⁴¹ Patientskadelag (1996:799)

¹⁴² Johnsson (2010) s. 216 flg.

¹⁴³ Proposition 1995/96:187 pkt. 3

¹⁴⁴ Patientskadelag (1996:799) § 6, annet ledd

¹⁴⁵ Syse (2011) s. 82

¹⁴⁶ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

¹⁴⁷ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

¹⁴⁸ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

Enkelte høringsinstanser mente imidlertid at pasientskadeloven også burde omfatte skader som skyldes informasjonssvikt. Den Juridiska fakultetsnämnden ved Uppsala universitet fremholdt at «eftersom patientskadelagen i princip bör täcka alla skadefall som skulle kunna ge ersättning på skadeståndsrättslig grund [fremstår det] som tvivelaktigt att göra undantag för skador på grund av brister i information och uteblivet samtycke»¹⁴⁹. Andre virket mer skeptiske. For eksempel mente Svenska Läkaresällskapet at et strengt erstatningsansvar måtte forutsette at pasienten samtykket skriftlig i forkant av enhver tenkelig utøvelse av helsehjelp.¹⁵⁰ Den svenske Patientskadenämnden var av den oppfatning at informasjonsspørsmålet ikke hadde noen selvstendig betydning for erstatningsretten.¹⁵¹

At informasjonssvikt ikke omfattes av den svenske pasientskadeloven medfører at dersom pasienten mener den aktuelle skaden har oppstått som følge av informasjonssvikt, blir spørsmålet om erstatning avgjort etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Saken må imidlertid ikke nødvendigvis fremmes for domstolene. Den kan legges frem for Patientskadenämnden, selv om denne i utgangspunktet skal behandle pasientskadesaker som faller inn under loven.¹⁵²

Bevisbyrden for om det er gitt tilstrekkelig og korrekt informasjon ligger som hovedregel på yteren av helsehjelpen.¹⁵³ Men det nøyaktige innholdet av helsevesenets informasjonsplikt overfor pasienten er uklart (som i Norge) og spørsmålet er heller ikke nærmere avklart av Högsta domstolen.¹⁵⁴ Det er, som i norsk rett, antatt at helsepersonell ikke har plikt til å informere om alle tenkelige komplikasjoner som kan oppstå ved utøvelsen av helsehjelpen.¹⁵⁵

Praksis fra den svenske pasientskadenemnda tyder på at saker der pasienten anfører at skaden skyldes informasjonssvikt behandles på en tilsvarende måte som etter norsk rett. Det foretas for eksempel også her en hypotetisk vurdering av om pasienten mest sannsynlig ville ha latt seg operere om han hadde fått tilstrekkelig informasjon. I en avgjørelse ble en 44-årig mann nektet erstatning etter en operasjon av feil på en hjerteklaff, fordi han mest sannsynlig ville ha latt seg operere i alle tilfelle, da inngrepet var livsnødvendig.¹⁵⁶ Det kunne derfor ikke påvises

¹⁴⁹ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

¹⁵⁰ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

¹⁵¹ Proposition 1995/96:187 pkt. 10

¹⁵² Hellbacker (2006) s. 42

¹⁵³ Hellbacker (2006) s. 42

¹⁵⁴ Hellbacker (2006) s. 42

¹⁵⁵ Hellbacker (2006) s. 42

¹⁵⁶ Hellbacker (2006) s. 45

noen årsakssammenheng mellom informasjonen til pasienten og den påfølgende pasientskaden.

7 Rettsutviklingen i Norge

7.1 Lovgivningen

I et samfunnsperspektiv er både plikten til å gi pasienten adekvat informasjon om helsehjelp, og kravet til informert samtykke til helsehjelp, av nyere dato.¹⁵⁷ Pasientrettighetene har stadig blitt styrket i takt med fremveksten av velferdsstaten, styrket økonomi og økende fokus på individuelle menneskerettigheter.¹⁵⁸ Aasen mener at utviklingen av helseretten har sammenheng med det stadig økende fokuset på helse som et gode, både for den enkelte og i et større samfunnsperspektiv.¹⁵⁹

At rettsutviklingen de senere årene har gått i retning av å styrke pasientens rettigheter og vektlegge pasientens autonomi og krav på informasjon kommer tydelig frem i de fire sentrale helselovene innført etter år 1999. Disse fire lovene er pasient- og brukerrettighetsloven, helsepersonelloven, spesialisthelsetjenesteloven og psykisk helsevernloven. Kjønstad mener at prinsippet om pasienters selvbestemmelsesrett står sterkere på 2000-tallet enn det gjorde da *cauda equina*-dommen ble avsagt.¹⁶⁰

Pasient- og brukerrettighetsloven har uttrykkelige bestemmelser om pasientens rett til informasjon om, og samtykke til, helsehjelp.¹⁶¹ Slike eksplisitte regler var nye med denne loven. Tidligere var fokuset i større grad rettet mot legens plikter, mens informasjonsplikten etter loven nå er utvidet til å være en plikt for «den som yter helse- og omsorgstjenester»¹⁶². I spesialisthelsetjenesteloven er helseinstitusjoner ilagt en særlig plikt til å gi den informasjon som sikrer pasientens rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁶³ En tilsvarende uttrykkelig bestemmelse fantes ikke i den tidligere sykehusloven.¹⁶⁴ I psykisk helsevernloven er hovedregelen i dag at også helsehjelp ved psykiske lidelser skal ytes i samsvar med samtykkebestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁶⁵ Det er også bestemt at psykisk helsevern skal etableres og gjennomføres i tråd med reglene i pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁶⁶ Dette innebærer at pasientens grunnleggende rettigheter når det gjelder informasjon og informert samtykke, også gjelder innen psykisk helsevern.

¹⁵⁷ Aasen (1998) s. 117

¹⁵⁸ Kjønstad (2007) s. 71

¹⁵⁹ Aasen (1998) s. 137-138

¹⁶⁰ Kjønstad (2004) s. 263

¹⁶¹ Pasient- og brukerrettighetsloven, kapittel 3 og 4

¹⁶² Helsepersonelloven § 10

¹⁶³ Spesialisthelsetjenesteloven § 3-11

¹⁶⁴ Lov om sykehus m.v. (1969)

¹⁶⁵ Psykisk helsevernloven § 2-1

¹⁶⁶ Psykisk helsevernloven § 1-5

Pasientsikkerhet var et viktig tema ved innføringen av helse- og omsorgstjenesteloven i 2011. Systematisk arbeid med pasientsikkerhet og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten ble da lovfestet.¹⁶⁷ Formålet var blant annet å få færre pasientskader, å få etablert organisatoriske strukturer og systemer for pasientsikkerhet, i tillegg til en generell forbedring av pasientsikkerhetskulturen i helsetjenesten.¹⁶⁸ I forarbeidene til loven nevnes det at «[b]estemmelsene om medvirkning og informasjon [i pasientrettighetsloven] understøtter pasientens deltagelse, også i forhold til egen sikkerhet»¹⁶⁹. Det antas derfor at systematisk arbeid med å forbedre informasjons- og dokumentasjonsrutiner i helsetjenesten kan falle inn under pasientsikkerhetsarbeidet.

7.2 Høyesteretts praksis

I juridisk teori er det antatt at Høyesterett tidligere har akseptert paternalisme som norm når det gjelder spørsmålet om helsepersonells informasjonsplikt.¹⁷⁰ En sak fra 1981 omhandlet et tilfelle der legen hadde unnlatt å informere en mor om en mulig komplikasjon ved en planlagt operasjon på hennes 11-årige sønn. Høyesterett fant at legen ikke kunne klandres for dette: «[m]an måtte i så fall ha orientert [moren] om at inngrepet kunne avdekke livstruende sykdom. Etter min mening kan man ikke bebreide [kirurgen] for at han utførte inngrepet uten å gi noen slik orientering»¹⁷¹.

Det fremgår videre av denne dommen at retten fant at mange spørsmål forble uavklart når det gjaldt de krav som kunne stilles til muntlig og skriftlig pasientinformasjon og dokumentasjon og hvordan dette i så fall kunne virke inn på et mulig erstatningsansvar:

«Spørsmålet om mangler ved journalføringen finner jeg ikke grunn til å ta opp i sin fulle bredde. Jeg finner det imidlertid nokså uklart hvilke krav til journalens innhold man måtte stille etter de da gjeldende regler og vanlig praksis ved poliklinikker på den tid. Jeg finner det også uklart om de opplysninger som eventuelt burde ha vært gitt, kunne belyse de spørsmål om ansvar som er tatt opp foran.»¹⁷²

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1993 s. 1169, også kalt nervesvulstdommen, gjaldt spørsmålet om pasienten hadde fått den nødvendige informasjon før et inngrep med fjerning av en nervesvulst. Pasienten ble ikke informert om at man ved operasjonen av det man trodde var en svulst i lungen, kunne komme til å avdekke en nervesvulst.

¹⁶⁷ Helse- og omsorgstjenesteloven § 4-2

¹⁶⁸ Syse (2011) s. 42

¹⁶⁹ Prop.91 L (2010-2011) s. 274

¹⁷⁰ Kjønsstad (2007) s. 98

¹⁷¹ Rt. 1981 s. 728, s. 735

¹⁷² Rt. 1981 s. 728, s. 735

Når det gjaldt plikten til å informere pasienten om den planlagte helsehjelpen, viste førstvoterende til dagjeldende legelov § 25, tredje ledd, og forarbeidene til denne:

«Legeloven bestemmelse i § 25 tredje ledd bygger på et ønske om å styrke pasienters stilling, noe den etterfølgende utvikling i synet på pasientrettigheter også er utslag av. Til grunn for dette ligger dels hensynet til pasientens integritet, dels den betydning det anses å ha for behandlingen at pasienten medvirker.»¹⁷³

Førstvoterende mente videre at det lå innenfor lovbestemmelsens kjerneområde å informere pasienten om komplikasjoner som «overveiende» sannsynlig kunne inntreffe.¹⁷⁴ Verre var det å avgjøre innholdet av informasjonsplikten når det kom til komplikasjoner som var mer sjeldne. Det fremgår av dommen at «et ledende synspunkt må [...] være at pasienten må få en *informasjon som ikke utelater vesentlige risikomomenter*. Særlig har det betydning at det blir gitt opplysninger om slike risikomomenter hvor det er reelle valgmuligheter.»¹⁷⁵

Retten fant at mangelfull informasjon ikke kunne utløse erstatningsansvar i dette tilfelle, da det ble vurdert at pasienten hadde fått informasjon basert på en «fullt forsvarlig diagnose»¹⁷⁶. Dette kan sees som at kravet om informert samtykke ikke fikk gjennomslag.¹⁷⁷ Samtidig kan dommen sees som en bekreftelse på at informasjonssvikt kan være et eget ansvarsgrunnlag. Dette fremgår motsetningsvis av førstvoterendes oppfatning av at «den manglende informasjon om muligheten for nerveskade ikke kan utløse erstatningsansvar i dette tilfellet»¹⁷⁸.

7.2.1 Cauda equina-dommen

Den sentrale dommen når det gjelder informasjonssvikt som ansvarsgrunnlag er cauda equina-dommen inntatt i Rt. 1998 s. 1538. Dommen er viktig fordi den fortsatt er prejudikat for vurderingen av årsakssammenheng i saker der det foreligger informasjonssvikt. Med «prejudikat» menes her en avgjørelse av Høyesterett som tar standpunkt til gjeldende rett, og som har betydning for avgjørelsen av senere saker om samme rettslige spørsmål.¹⁷⁹ Høyesteretts prejudikater er antatt å være bindende for alle andre rettsutøvere enn Høyesterett selv.¹⁸⁰ Dette innebærer at det som hovedregel er Høyesterett som må endre sin praksis

¹⁷³ Rt. 1993 s. 1169, s. 1174

¹⁷⁴ Rt. 1993 s. 1169, s. 1174

¹⁷⁵ Rt. 1993 s. 1169, s. 1174, min uthevelse

¹⁷⁶ Rt. 1993 s. 1169, s. 1175

¹⁷⁷ Kjønsstad (2007) s. 43

¹⁷⁸ Rt. 1993 s. 1169, s. 1175

¹⁷⁹ Andenæs (2009) s. 81-83

¹⁸⁰ Eckhoff (2001) s. 160

dersom praksis skal endres nedover i rettssystemet og hos andre rettsutøvere, så fremt det ikke kommer en lovendring som omfatter det aktuelle rettsspørsmålet.

Saken gjaldt retten til erstatning etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Pasienten, en yngre mann, hadde vært plaget av isjiassmerter over lengre tid. Ved en ryggoperasjon ble han påført nerveskade, som igjen førte til at han fikk nedsatt seksualfunksjon. Pasienten anførte han ikke ville ha latt seg operere om han hadde fått informasjon om risikoen for den aktuelle skaden på forhånd. Under dissens 3-2 kom Høyesterett til at det ikke forelå grunnlag for erstatning, selv om både flertallet og mindretallet fastslo at det forelå informasjonssvikt fra helsetjenestens side i dette tilfelle.

Førstvoterende representerte mindretallet i saken. Det ble fastslått at behandlingen pasienten hadde fått ikke i seg selv ga grunnlag for erstatningsansvar. Heller ikke ble pasienten hørt med at risikoen ved behandlingen ikke var innenfor det som måtte aksepteres. Dermed ble spørsmålet om informasjonssvikt det sentrale i saken, og om svikten kunne sies å ha «forårsaket» skaden pasienten pådro seg under operasjonen.¹⁸¹

Førstvoterende mente at ordlyden i reglene talte for at «informasjonssvikt» er et objektivt vilkår som viser til normer og retningslinjer utenfor reglene selv.¹⁸² Han fant at innholdet i informasjonsplikten måtte bero på en tolkning av (den dagjeldende) legeloven § 25 tredje ledd om legens informasjonsplikt overfor pasienten. Etter lovens forarbeider ville informasjonen som gis avhenge av legens skjønn og tilpasses den enkelte pasient. Ifølge førstvoterende talte både lovens ordlyd og forarbeidene for en ganske omfattende informasjonsplikt «når denne lar seg gjennomføre rent praktisk»¹⁸³. Man viste til rettspraksis og avgjørelsen inntatt i Rt. 1993 s. 1169, hvor det fremgikk at pasienten har rett til å få informasjon om vesentlige risikomomenter, og spesielt risikomomenter i situasjoner der pasienten har reelle valgmuligheter.¹⁸⁴ Førstvoterende kom på dette grunnlag til at det forelå informasjonssvikt i den aktuelle saken. Den lave risikoen for at skaden skulle oppstå (om lag fem prosent), eller det faktum at pasienten var engstelig før operasjonen, var etter førstvoterendes syn ikke tilstrekkelig til at legen kunne la være å informere pasienten om risikoen ved behandlingen.¹⁸⁵

Om informasjonssvikten var årsak til pasientskaden, måtte etter førstvoterendes syn bero på en hypotetisk vurdering av pasientens beslutning dersom han var blitt tilstrekkelig informert.

¹⁸¹ Rt. 1998 s. 1538, s. 1547

¹⁸² Rt. 1998 s. 1538, s. 1545

¹⁸³ Rt. 1998 s. 1538, s. 1546

¹⁸⁴ Rt. 1998 s. 1538, s. 1546

¹⁸⁵ Rt. 1998 s. 1538, s. 1547

Vurderingen skulle være konkret og individuell, og ikke basert på en antatt generell, «normal» pasientadferd.¹⁸⁶ Førstvoterende fant at det ikke lot seg gjøre å fastslå hvilket standpunkt pasienten ville ha tatt dersom han var blitt informert tilstrekkelig. Ved denne situasjonen kom tvilen pasienten til gode, slik at han etter mindretallets syn hadde krav på erstatning på grunnlag av informasjonssvikt.¹⁸⁷

Flertallet var enige med førstvoterende i at det forelå informasjonssvikt i de midlertidige reglenes forstand. Flertallet var også enige i at den hypotetiske vurderingen av om informasjonssvikten har vært årsak til pasientskaden, skulle foretas konkret og individuelt. Det ble oppstilt en regel om at det ikke må stilles for strenge krav til sannsynliggjøring av at pasienten ikke ville ha latt seg operere med tilstrekkelig informasjon.¹⁸⁸

Annenvoterende fant at «[m]ange forhold - både rasjonelle og irrasjonelle - kan komme inn i vurderingen av operasjon, og særlig her hvor det også forelå risiko for skade på seksuallfunksjonen»¹⁸⁹. Det ble imidlertid vektlagt at pasienten var 100 % sykmeldt på grunn av smerter. Han var samboer og hadde barn fra før. På denne bakgrunnen ble det antatt at pasienten mest sannsynlig ville ha fulgt legens råd og latt seg operere, selv om han hadde fått tilstrekkelig informasjon om risikoen. Da operasjonen etter flertallets syn derfor uansett ville ha blitt gjennomført, kunne informasjonssvikten i tilknytning til inngrepet ikke sies å ha forårsaket noen pasientskade. Pasienten hadde dermed ikke rett til erstatning.¹⁹⁰

En vurdering av dommen som prejudikat følger i punkt 9.2.

7.3 Praksis fra underrettene

Jeg har sett nærmere på 19 dommer fra lagmansrettene, avsagt i perioden 1994 til 2014, der informasjonssvikt var anført fra pasientens side. I tre av sakene fikk pasienten medhold for at informasjonssvikten var ansvarsbetingende. I én sak fikk pasienten medhold på annet grunnlag, nemlig vurderingen etter pasientskadeloven § 2, tredje ledd. I 16 av de 19 sakene gjaldt saken informasjonssvikt i tilknytning til ulike kirurgiske inngrep. To saker gjaldt fødselshjelp, hvorav én av disse omhandlet fødselshjelp som inkluderte et kirurgisk inngrep. En sak gjaldt den medisinske behandlingen av en hjertelidelse. I én av medholdssakene var det dissens, mens det i avslagssakene var dissens i to avgjørelser.

¹⁸⁶ Rt. 1998 s. 1538, s. 1547-1548

¹⁸⁷ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

¹⁸⁸ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

¹⁸⁹ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

¹⁹⁰ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse fra 1994 fikk pasienten medhold for informasjonssvikt i forbindelse med en operasjon for ryggplager. Operasjonen ble utført i tråd med god medisinsk praksis, men det inntraff en komplikasjon som etter rettens syn lå «klart over» det pasienten på forhånd var informert om. Komplikasjonen førte blant annet til at pasienten fikk smerter, søvnvansker, vannlatingsproblemer og nedsatt seksualfunksjon. Pasientens egen forklaring, at han ikke ville ha latt seg operere om han hadde fått informasjon om disse plagene på forhånd, ble lagt til grunn for rettens vurdering. Retten mente at en nedsettelse av seksualfunksjonen står i en særstilling, og at «alminnelige antakelser om at informasjon vanligvis ikke påvirker pasientens valg, neppe får anvendelse»¹⁹¹.

Noe av det interessante med denne dommen er at Høyesterett ser ut til å vurdere betydningen av den inntrådte komplikasjonen på en annen måte. I *cauda equina*-dommen kan flertallets vurdering tyde på at Høyesterett ikke vektla risikoen for nedsatt seksualfunksjon like tungt som lagmannsretten gjorde i 1994.¹⁹²

I en dom fra Gulating lagmannsrett i 2005¹⁹³ fikk pasienten medhold i at det forelå erstatningsbetingende informasjonssvikt. Pasienten anførte at hun ville ha valgt forløsning ved keisersnitt dersom hun på forhånd hadde fått informasjon om risikoen for vanskelig skulderforløsning med alvorlig nerveskade hos barnet som følge. Operasjonsbeskrivelsen ga etter rettens mening ikke tilstrekkelige opplysninger verken om helsehjelpen eller om informasjonen som var gitt pasienten under hendelsesforløpet. Retten viste til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1989 s. 674, og mente at «det er uråd å foreta noko tolking av denne [pasientjournalen] som ikkje vert spekulativ, og operasjonsskildringa gjev såleis ikkje noko bilete av kva fødselshjelp som faktisk er ytt». Den mangelfulle operasjonsbeskrivelsen ble ansett å være tilstrekkelig bevis for at helsehjelpen ikke var adekvat i dette tilfelle. Pasienten fikk dermed medhold i at informasjonssvikten representerte en svikt ved helsehjelpen som ga henne rett til erstatning.

I en sak for Agder lagmannsrett i 2010¹⁹⁴ var det dissens 2-1 i pasientens favør. Pasienten hadde fått utført en komplisert operasjon i ryggmargen, og var blitt mer pleietrengende enn hun var før operasjonen. Det var flere år tilbake notert i journalen at hun ikke ønsket operasjon med mindre tilstanden hennes forverret seg betraktelig. Pasienten ble operert, men i ettertid vurderte sakkyndige at det ikke kunne påvises noen utvikling av tilstanden hennes som tilsa at en operasjon var strengt nødvendig på det aktuelle tidspunktet. Lagmannsrettens flertall kom

¹⁹¹ LB-1994-2908

¹⁹² Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

¹⁹³ LG-2005-79735

¹⁹⁴ LA-2010-11107

til at pasienten var feilinformert da hun samtykket til operasjon, og at samtykket til helsehjelpen derfor ikke var gyldig. Flertallet mente at pasienten mest sannsynlig ikke ville ha latt seg operere dersom hun hadde fått korrekt informasjon på forhånd.

Det er interessant å merke seg at flertallet diskuterte tidsaspektet for journalføringen, og skillet mellom det polikliniske notatet fra en samtale med pasienten som ble utført i tid før operasjonen, og operasjonsbeskrivelsen som ble diktet etter operasjonen. Det polikliniske notatet fra undersøkelsen før operasjonen inneholdt ingen opplysninger om hvilken informasjon som ble gitt pasienten. Selve operasjonsbeskrivelsen, nedtegnet i etterkant, inneholdt derimot en setning om at pasienten var informert om mulig risiko for lammelser. Det ble vist til Høyesteretts avgjørelse Rt. 1989 s. 674 og muligheten for å lempe på bevisbyrden ved uklare årsaksforhold grunnet mangelfull journalføring. Avgjørelsen kan tyde på at det å journalføre gitt informasjon etter at inngrepet har funnet sted, ikke er tilstrekkelig som bevis for at pasienten faktisk ble informert tilstrekkelig før operasjonen.

Mindretallet på én dommer la til grunn at pasientens tilstand var betydelig forverret i tiden før operasjonen. Han mente også at operasjonsbeskrivelsen veide for at pasienten mest sannsynlig ble gitt tilstrekkelig og adekvat informasjon på forhånd. Mindretallet nevnte at «[d]et må legges til grunn at A [pasienten] husker feil eller har misforstått, noe som etter det opplyste ikke er uvanlig i liknende tilfeller.»¹⁹⁵

Avslag-dommene fra lagmannsrettene synes å dele seg i tre hovedkategorier. For det første er det de tilfeller der retten finner at det foreligger informasjonssvikt, men hvor den hypotetiske vurderingen fører til at det ikke påvises årsakssammenheng mellom svikten og skaden. For det andre er det saker der retten vurderer at den ikke behøver å ta stilling til om det foreligger informasjonssvikt fordi den hypotetiske vurderingen uansett fører til at det ikke påvises årsakssammenheng mellom pasientskaden og den eventuelle informasjonssvikten. For det tredje er det de tilfeller der retten finner at det ikke foreligger informasjonssvikt fordi pasienten etter rettens mening fikk tilstrekkelig informasjon om helsehjelpen.

Ved ett tilfelle ble avslaget begrunnet med at operasjonen var nødvendig i den forstand at pasienten ikke hadde noe valg dersom han skulle overleve. Det ble nødvendig å foreta en amputasjon under en operasjon, uten at pasienten ble informert om denne risikoen på forhånd. Det synes å gå indirekte frem av domspremissene at en eventuell informasjonssvikt i denne

¹⁹⁵ LA-2010-11107

sammenheng ikke kunne føre til erstatningsansvar.¹⁹⁶ Dommen følger dermed samme prinsipp som Høyesterett på nytt stadfestet i Rt. 2013 s. 653, som nevnt i punkt 1.2.

I en dom fra Oslo Tingrett i 2012¹⁹⁷, bekreftes rettstilstanden med *cauda equina*-dommen som prejudikat: «Det er ikke sannsynliggjort at saksøker ville avstått fra operasjonen. Dette må vurderes ut fra situasjonen på handlingstidspunktet - det er ikke en vurdering hvor man kan hensynta etterpåklokskap, jf Rt-1998-1538». Dommen viser også hvor vanskelig bevissituasjonen kan være der pasientjournalen kun dokumenterer at pasienten har fått informasjon, men ikke det nøyaktige innholdet av informasjonen:

«Dette ble utdypet av [kirurgen] i hans vitneprov, hvor han fastholdt å ha snakket grundig med pasienten på forhånd, og samtidig påpekte at den fulle utstrekning av informasjonsflyten nødvendigvis ikke kan gjengis i sin helhet i legejournalen. A på sin side, hevdet i retten at [kirurgen] kun informerte henne om at det var en komplisert håndrotskade som måtte opereres, og at hun ikke ville ha akseptert operasjon dersom hun hadde fått skikkelig informasjon.»¹⁹⁸

7.4 Pasientskadenemndas praksis

Pasientskadenemnda avsluttet behandlingen av 1 134 saker i 2014.¹⁹⁹ Ut fra dokumentasjonen som finnes på Lovdata, har jeg sett nærmere på 179 klagesaker fra 2014/2015 (frem til og med mars 2015) der informasjonssvikt var anført som en klagegrunn. Av disse fikk fire pasienter medhold for at det forelå erstatningsbetingende informasjonssvikt.²⁰⁰

I en av medholdssakene var temaet informert samtykke.²⁰¹ Operasjonsbeskrivelsen i pasientens journal konstaterte kun at inngrepet fant sted med pasientens samtykke. Dette ble vurdert av nemnda til ikke å være tilstrekkelig dokumentasjon på gitt informasjon i denne pasientens tilfelle. Det ble vurdert at pasienten mest sannsynlig ikke ville ha latt seg operere med tilstrekkelig informasjon, ut fra hennes livssituasjon. I en annen sak var mangelfull informasjon én av flere grunner som samlet medførte at svikt ved helsehjelpen ble påvist, og pasienten hadde rett til erstatning.²⁰² En tredje sak omhandlet en plastikkirurgisk operasjon i mageregionen.²⁰³ Nemnda omgjorde her NPEs vedtak. Informasjonssvikt ble påvist ettersom

¹⁹⁶ LB-2006-142740

¹⁹⁷ TOSLO-2012-195409

¹⁹⁸ TOSLO-2012-195409

¹⁹⁹ Pasientskadenemnda (2015a)

²⁰⁰ Se Vedlegg II

²⁰¹ PSN-2013-297

²⁰² PSN-2013-251

²⁰³ PSN-2013-1280

pasientjournalen ikke inneholdt noe om at pasienten på forhånd var informert om den høye komplikasjonsrisikoen ved inngrepet. Nemnda fant at pasienten mest sannsynlig ikke ville ha samtykket til inngrepet med tilstrekkelig informasjon om komplikasjonsfaren. Den fjerde saken omhandlet en øyeoperasjon som ikke var absolutt påkrevet.²⁰⁴ Nemnda fant her at behandlingsstedet i slike tilfeller måtte sies å ha et utvidet informasjonsansvar, og pasienten ble tilkjent erstatning, se også omtale av denne saken nedenfor.

I en sak fra 2011²⁰⁵ om valg av operasjonsmetode, omgjorde Pasientskadenemnda en avgjørelse fra Norsk pasientskadeerstatning i pasientens favør. Saken gjaldt en operasjon blant annet for alvorlig medfødt skjevhet i ryggen og pustevansker som følge av dette. Nemnda fant at den ikke behøvde å vurdere den øvrige behandlingen av pasienten, da det uansett ble lagt til grunn at det forelå pasientskade som følge av informasjonssvikt. Etter nemndas syn ville pasient og pårørende «med tilstrekkelig informasjon mest sannsynlig [...] ha valgt å utføre operasjonen på et sykehus med tilgang til ryggmargsmonitorering. Det er i vurderingen sett hen til at ryggmargsmonitorering var tilgjengelig i Norge fra 2007, ved St. Olavs hospital». Den hypotetiske vurderingen av årsakssammenhengen mellom informasjonssvikt og pasientskade førte her til at pasienten ble tilkjent erstatning.

Nemnda tar i sin praksis utgangspunkt i at en påvisning av informasjonssvikt i seg selv ikke er tilstrekkelig for å fastslå ansvar. Dette kommer blant annet frem i en avgjørelse fra 2012²⁰⁶:

«På bakgrunn av sakens dokumenter finner nemnda at det isolert sett foreligger en informasjonssvikt ettersom pasienten burde blitt bedre informert av behandlende tannlege om de ulike behandlingsalternativene. Det er et vilkår for rett til erstatning som følge av informasjonssvikt at denne har medført en fysisk skade. Det må sannsynliggjøres at pasienten ikke ville latt seg operere dersom tilstrekkelig informasjon hadde vært gitt. Nemnda finner det mest sannsynlig at pasienten ville latt seg operere med den valgte metoden selv om han hadde fått informasjon om risiko for komplikasjoner, ettersom man ved denne type inngrep ikke kan garantere i forkant hva som gir best resultat, og fordi den alternative metoden frarådes av mange oralkirurger når pasienten røyker [...] den valgte metode i dette tilfellet må sies å være innenfor aksepterte retningslinjer.»

²⁰⁴ PSN-2014-258

²⁰⁵ PSN-2011-381

²⁰⁶ PSN-2012-1411

En påvisning av informasjonssvikt er etter nemndas vurdering imidlertid ikke nødvendig for å vurdere årsakssammenheng og mulig ansvarsgrunnlag. To eksempler kan belyse dette. I en avgjørelse fra 2012 fremgår det at:

«Nemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken informasjon pasienten faktisk fikk, da det uansett anses som mest sannsynlig at hun ville latt seg operere selv om hun hadde fått informasjon om risiko for aktuelle komplikasjoner. Nemnda viser til at inngrepene var nødvendige for å forhindre videre vekst av svulsten i nakken. Dette kunne ha medført en betydelig større invaliditet på lengre sikt.»²⁰⁷

I en sak fra 2013 fant nemnda at det var:

«uklart hvilken informasjon pasienten fikk i forkant av det siste inngrepet 17.08.10, men nemnda finner at hun mest sannsynlig uansett ville latt seg operere da hun hadde «økende smerter i venstre fot,» [...] Hun hadde behov for å fjerne protesen når den ble et dårlig alternativ for henne. Nemnda finner således ikke at det foreligger svikt, herunder heller ikke informasjonssvikt som har ført til skade ved det syvende inngrepet».²⁰⁸

Etter nemndspraksis kan det faktum at pasienten beviselig ble informert om andre komplikasjoner enn den aktuelle, ha betydning for sviktvurderingen. Som eksempel kan nevnes en avgjørelse fra 2013. I begrunnelsen for avslaget på erstatningssøknaden skriver nemnda at

«Det vises til at *pasienten ble informert om risikoen for andre komplikasjoner*. På side 5 i informasjonsskrivet som pasienten fikk utdelt [...] er det opplyst om risiko for blodpropp, luksasjon av protesen, nerveskade, infeksjon, ulik beinlengde samt bløtdelsforkalkninger/smerter i senefestet. *Ettersom pasienten lot seg operere med denne informasjonen, finner nemnda det ikke sannsynlig at pasienten ville avstått fra inngrepet [...] dersom hun også hadde vært informert om risikoen for glutealsvikt.*»²⁰⁹

Etter nemndspraksis går det et skille mellom de tilfeller der helsehjelpen klart er nødvendig for pasientens liv og helse, og der den ikke er det. I en sak fra 2011, hadde pasienten anført at han var informert om dødsrisikoen, men ikke om risikoen for pacemakeravhengighet, svimmelhet eller smerter i brystbenet. Nemnda fant det

²⁰⁷ PSN-2012-1492

²⁰⁸ PSN-2013-1528

²⁰⁹ PSN-2013-1327, min uthevelse

«ikke nødvendig å ta stilling til hvilken informasjon pasienten faktisk fikk, da det uansett anses som mest sannsynlig at han ville latt seg operere selv om han hadde fått informasjon [...] Nemnda viser her til at det var påvist utposning på hovedpulsåren og at operasjon var nødvendig for å hindre en alvorlig og dødelig utvikling.»²¹⁰

Som motsats til dette kan det vises til en avgjørelse fra 2014 som også er nevnt innledningsvis, der pasienten fikk medhold for informasjonssvikt som ansvarsgrunnlag. Saken gjaldt en øyeoperasjon. I nemndas begrunnelse fremgår det at «[s]ett hen til at det ikke var en medisinsk nødvendig behandling kan det etter nemndas syn ikke legges til grunn at pasienten mest sannsynlig ville gjennomført behandlingen dersom hun hadde fått tilstrekkelig informasjon om helsehjelpen»²¹¹.

Tilsvarende syn lå til grunn for vurderingen av informasjonssvikt ved en kosmetisk operasjon i 2012.²¹² Nemnda fant her at

«idet indikasjon ved slike operasjoner alltid er relativ, er pasientens informerte samtykke til operasjon en viktig forutsetning når det gjelder vurdering av indikasjonsstilling. Det fremgår ikke av journalen om og hvilken informasjon pasienten faktisk fikk med henyn til hva som fremsto som et realistisk behandlingsresultat. *Følgelig har den del av behandlingen som gjelder informasjonsplikt og journalføring vært uaktsom* [...] Pasientskadenemnda legger til grunn som mest sannsynlig at den uaktsomme delen av behandlingen har medført en skade ved at pasienten ikke ville latt seg operere dersom hun hadde fått informasjon om mulige komplikasjoner».

Det er interessant at nemnda i denne saken synes å foreta en samlet vurdering av informasjonssvikt og mangelfull journalføring, samt at man vektlegger det uaktsomme aspektet ved den mangelfulle informasjonen.

²¹⁰ PSN-2011-481

²¹¹ PSN-2014-258

²¹² PSN-2012-156, min uthevelse

8 Rettssosiologiske aspekter

Rettssosiologien er et fagfelt som tar sikte på å beskrive og analysere retten i samfunnet. Det tar blant annet for seg spørsmålet om rettens tilsiktede virkninger oppnås, og om retten kan ha utilsiktede virkninger.²¹³

8.1 Virkningsbegrepet

Ifølge Mathiesen kan virkningsbegrepet i rettsosiologien ikke sammenlignes med virkningsbegrepet i tradisjonell, vitenskapelig tenkning. En lov virker ikke på samme måte som en fysisk gjenstand påvirker en annen, den virker bare gjennom menneskers tankeprosess og deres bevisste eller ubevisste oppfatninger.²¹⁴

Det kan være uklart om utilsiktede virkninger faktisk er det, eller om de i realiteten er tilsiktet, i det minste hos noen grupper i samfunnet.²¹⁵ I denne forbindelse kan det nevnes at dommeres politiske bakgrunn er antatt å kunne virke inn på domsresultater, og at politiske grupperinger i samfunnet kan ha virkninger inn i rettssystemet.²¹⁶

Kjønstad har funnet at staten får medhold i gjennomsnitt i 80% av saker hvor «vesentlige statlige interesser er involvert»²¹⁷. Høyesterettsdommene han tok for seg, var fra ulike rettsområder, som skatte- militærnekt- og trygdesaker. Funnene hans tydet på at jo svakere motpart, som her var antatt å være gruppen av trygdede, jo større var seiersraten for staten.²¹⁸

Flere faktorer kan påvirke virkningene av lovgivningen. For eksempel er det bare et fåtall tvistesaker som avgjøres i domstolene. Enda færre saker avgjøres av Høyesterett, som etter Grunnloven § 88 dømmer i siste instans, og derfor er av størst betydning for rettsutviklingen og rettsenheten i samfunnet. Det er i juridisk teori antatt at det er et skjevt utvalg saker som kommer til pådømmelse ved domstolene og at advokater har et skjevt utvalg av befolkningen som sine kunder.²¹⁹ I tillegg blir det hevdet at forvaltningens organer ikke kan sies å være «rene videreformidlere av lovens innhold»²²⁰.

²¹³ Mathiesen (2005) s. 25

²¹⁴ Mathiesen (2005) s. 46

²¹⁵ Mathiesen (2005) s. 45

²¹⁶ Mathiesen (2005) s. 150-151

²¹⁷ Kjønstad (1999) s. 109

²¹⁸ Kjønstad (1999) s. 119

²¹⁹ Mathiesen (2005) s. 78

²²⁰ Mathiesen (2005) s. 78

8.2 Lovgivningen sett i en større sammenheng

Mathiesen fremhever viktigheten av å se lovgivningen i en større sammenheng. Han mener lovgivningen og dens virkninger må forstås i en sosial, økonomisk og politisk kontekst, og ikke bare ut fra lovens innhold i seg selv.²²¹ Det blir videre antatt at man lettest kan oppnå det ønskede formålet med lovgivningen på områder som gjelder fordeling og omfordeling av materielle ressurser, som denne avhandlingen omhandler. Men heller ikke på dette området er det, ifølge Mathiesen, uten videre opplagt at intensjonene nås.²²²

Det er kjent at blant annet sterke økonomiske interesser kan påvirke rettsutviklingen. I en undersøkelse fra 1976, fant Eskeland at rettsregler for å verne arbeiderne i Nordsjøen ble innført flere år etter at selve arbeidet med oljeutvinningen hadde påbegynt.²²³ Han koblet dette sammen med at både det offentlige og private hadde sterke økonomiske interesser på området: «Sett under ett viser rettsutviklingen på det arbeidervernmessige område hvordan hensynet til sunne og trygge arbeidsvilkår for arbeiderne er blitt i høy grad skadelidende i en industri hvor både offentlige og private har meget store økonomiske interesser»²²⁴.

Eskeland har videre pekt på sammenhengen mellom rammebetingelsene og ressursene i helsevesenet, og muligheten til å etablere reelle pasientrettigheter:

«Pasientrettigheter som rett til journalinnsyn, rett til informasjon, rett til forsvarlig behandling, rett til å klage osv., kan ikke realiseres rimelig effektivt innenfor systemer der de ansvarlige i stor grad føler seg tvunget til å gå på akkord med faglige, etiske eller rettslige normer. Først når forholdene legges til rette for at disse normene kan følges i praksis, vil rettigheter som pasient ha sin naturlige og berettigede plass innenfor en generell lov om pasientrettigheter.»²²⁵

Både samfunns- og rettsutvikling og økonomiske hensyn generelt kan dermed antas å virke inn på samfunnets evne og vilje til å erstatte pasientskader. En lavere terskel for erstatning ved informasjonssvikt vil trolig kunne ha økonomiske konsekvenser for samfunnet, ettersom lavere terskel mest sannsynlig vil føre til flere erstatningsberettigede.

²²¹ Mathiesen (2005) s. 75

²²² Mathiesen (2005) s. 83

²²³ Eskeland (1976) s. 312

²²⁴ Eskeland (1976) s. 313

²²⁵ Eskeland (1988) s. 25

9 Vurdering av rettstilstanden

9.1 Har pasientskadeloven utilsiktede virkninger

Da Høyesterett fastslo regelen om «hypotetisk samtykke»²²⁶ som grunnlag for vurderingen av årsakssammenheng i informasjonssviktsaker, fikk det konsekvenser for praktiseringen av pasientskadeloven i underrettene og i forvaltningsorganene. Jeg vil i det følgende se nærmere på mulige konsekvenser når det gjelder terskelen for erstatning, helsepersonells informasjonssplikt og pasientens rettssikkerhet.

9.1.1 Terskelen for erstatning

Ifølge forarbeidene til pasientskadeloven fra slutten av 1990-tallet, inneholdt om lag en fjerdedel av klagen til Norsk pasientskadeerstatning anførsel om informasjonssvikt.²²⁷ Av Norsk pasientskadeerstatnings egen statistikk fremgår det at informasjonssvikt var årsaken til medhold i 0,7 % av totalt 6916 saker i perioden 2010 til 2014.²²⁸ Til sammenligning var vurderingen av den snevre unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2, tredje ledd, årsak til medhold i 1,8 % av sakene.²²⁹ Det synes med andre ord å være høyere terskel for medhold for en anførsel om informasjonssvikt enn for unntaksbestemmelsen.

Jeg har sett nærmere på 179 saker for pasientskadenemnda i 2015 og frem til mars 2015, der informasjonssvikt ble anført som ansvarsgrunnlag. Av disse fikk 15 erstatningssøkere medhold i at det forelå informasjonssvikt. Bare fire av disse igjen fikk medhold i spørsmålet om informasjonssvikten hadde forårsaket pasientskaden, altså at det kunne påvises en årsakssammenheng.²³⁰

I forhold til det over nevnte eksempelet fra forarbeidene om amputasjon av en fot på grunn av koldbrann, se punkt 4.1, synes terskelen for erstatning å være høyere etter retts- og nemndspraksis, enn hva som forutsettes etter forarbeidene. Mye kan tyde på at pasienten ikke ville ha fått erstatning for manglende informasjon i et slikt tilfelle, etter dagens praksis. Det ville trolig ha blitt vurdert at han mest sannsynlig ville ha godtatt inngrepet, fordi det var nødvendig for hans liv og helse. Dermed kunne man ha fastslått at det ikke var tilstrekkelig årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og pasientskaden i form av psykiske plager, og pasienten hadde derfor ikke hatt rett til erstatning.

²²⁶ Rt. 1998 s. 1538, s. 1547

²²⁷ Ot. Prp. nr. 31 (1998-1999) s. 91

²²⁸ Thomsen (2015) se Vedlegg 1

²²⁹ Thomsen (2015) se Vedlegg 1

²³⁰ Se Vedlegg II

9.1.2 Helsepersonells informasjonsplikt

Som Lødruputvalget gjorde, antas det også i denne avhandlingen at pasienter som søker skadeerstatning i hovedsak vil gjenspeile befolkningen for øvrig og derfor ikke generelt skal betegnes som den «svake part».²³¹ Informasjon kan likevel tenkes å stå i en særstilling, i den forstand at når det gjelder informasjon om helsehjelp, vil utgangspunktet ofte være at tilbyderer sitter på informasjonen mens mottakeren er avhengig av å få den. Sett i denne sammenheng kan pasienten tenkes å stå i en svakere stilling i forhold til den som tilbyr og utfører helsehjelp. Lovgivningen viser at den som sitter med informasjonen også har et særlig ansvar for å formidle den, se punkt 5.

Helsehjelp forutsetter etter loven som hovedregel pasientens uttalte samtykke. Slikt samtykke er et vilkår for at noen skal kunne yte helsehjelp uten å bli stilt til ansvar. Det synes ikke å være lovens intensjon eller system at et hypotetisk samtykke til helsehjelp er tilstrekkelig, se punkt 5.1.

Ordet «hypotese» kan assosieres med «gjetning» eller «ubekreftet opplysning».²³² At en pasient antagelig ville ha samtykket til helsehjelpen som gis ham, synes ifølge juridisk teori å være et «lite egnet kompetansegrunnlag» og ikke tilstrekkelig som rettsgrunnlag for å gi helsehjelp.²³³ Ut fra en vurdering av reelle hensyn og hva som er rimelig i situasjonen, kan det i tillegg synes unødvendig at man skal anse hypotetisk samtykke som tilstrekkelig rettsgrunnlag ved planlagt helsehjelp. Her burde man kunne gå ut fra at den som tilbyr helsehjelpen både har tid, oppfordring og mulighet til å innhente pasientens gyldige, informerte samtykke på forhånd.

Pasientens medbestemmelses- og selvbestemmelsesrett ble lovfestet med pasientrettighetsloven (nå: pasient- og brukerrettighetsloven) i 1999. Denne loven er vurdert å være lex specialis i forhold til de alminnelige erstatningsreglene om årsakssammenheng. Både lex specialis- og lex posterior prinsippet er i juridisk teori nevnt å tale for at man ikke bør akseptere hypotetisk samtykke som et ledd i årsaksspørsmålet.²³⁴

Forarbeidene viser til at om lag en firedel av klagen til Norsk Pasientskadeerstatning nevner mangelfull informasjon, og at man derfor vil understreke behovet for å arbeide for at dette ikke skal føre til alvorlige skader.²³⁵ Spørsmålet er om dagens praksis med vektlegging av

²³¹ NOU 1992:6 avs. 8.5

²³² Store norske leksikon (2015)

²³³ Syse (2004) s. 301 og Aasen (1998) s. 621

²³⁴ Kjønstad (2007) s. 265

²³⁵ Innst.O.nr.68 (2000-2001) avs 2.2, § 2

hypotetisk samtykke fører til at helsetjenesten får tilstrekkelig insentiv til å arbeide for bedre informasjonsrutiner, i og med at svært få pasienter får medhold på dette grunnlaget. En konsekvens av aksept av hypotetisk samtykke kan dermed være at det undergraver betydningen av informasjonsplikten, som etter loven er pålagt ytere av helsehjelp, se punkt 5.3. I en dom avsagt i Oslo Tingrett i 2005²³⁶ ble dette formulert slik:

«For det første bør domstolene generelt være tilbakeholdne med å legge til grunn hypotetisk samtykke. For det andre - uten slik tilbakeholdenhet - vil lett informasjonsplikten undergraves. Retten finner forutgående informasjon til pasienten så viktig at manglende informasjon bør tillegges tungtveiende vekt i totalvurderingen. Uten slik vektlegging vil informasjonsplikten lett kunne bli uthult og i verste fall illusorisk.»

Dommen gjaldt en vurdering etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Den påviste informasjonssvikten veide i dette tilfelle så tungt at pasienten ble gitt medhold i at unntaksbestemmelsen skulle benyttes, og pasienten hadde dermed rett til erstatning.

Noe av årsaken til at erstatningssøkere sjelden når frem med en anførsel om informasjonssvikt, kan være at det sjelden utføres operasjoner uten at det ut fra et medisinsk synspunkt var godt grunnlag for det, og/eller pasienten selv har ønsket helsehjelpen. I forarbeidene uttales det at «ofte vil en nok anta at siden det dreier seg om en operasjon legen mente burde vært utført, så ville pasienten samtykket om vedkommende var blitt spurt. I så fall har ikke det manglende samtykket forårsaket skaden, og erstatning kan ikke kreves»²³⁷. Ofte blir det ikke en gang vurdert om det foreligger informasjonssvikt i det enkelte tilfelle, ettersom det er tilstrekkelig at det vurderes om pasienten hypotetisk sett ville ha latt seg operere.²³⁸ Man foretar da ingen vurdering av om lovens krav til pasientinformasjon og samtykke er oppfylt. Det anses ikke som vesentlig for årsakssammenhengen og dermed for påvisning av ansvarsgrunnlaget.

Dersom retten eller forvaltningsorganet finner at pasienten på hypotetisk grunnlag uansett ville ha samtykket til helsehjelpen, drøftes som før nevnt ofte ikke spørsmålet om informasjonssvikt nærmere.²³⁹ Aasen skriver om overtredelsen av informasjonsplikten i den dagjeldende legeloven: «Vurderingstemaet for NPE synes med andre ord ikke å være om legen har overtrådt en bestemt rettsregel, men om pasienten, omstendighetene tatt i

²³⁶ TOSLO-2005-146707

²³⁷ Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 13

²³⁸ Se Vedlegg II

²³⁹ Se Vedlegg II

betraktning, har fått for lite informasjon».²⁴⁰ Dette kan tyde på at informasjonplikten uthules, i den forstand at informasjonssvikten verken vurderes eller konstateres, eller får noen konsekvenser for den informasjonsplikten påhviler.

Erstatningsregler skal, som nevnt innledningsvis i punkt 2, ideelt sett både bidra til å bøte på oppstått skade og virke skadeforebyggende. Pasientskadeloven kan sies å flytte fokus fra helsetjenesten som system og over på de enkelte helsehjelp-handlinger overfor en gitt pasient. Fordelen med dette er at enkeltindividet blir sett og på den måten «ivaretatt». Ulempen er at det kan gjøre et overordnet, ulykkesforebyggende, arbeid vanskeligere dersom ingen ser eller tar det helhetlige systemansvaret.

Aasen nevner i relasjon til informasjonsplikten som lå i den tidligere legeloven § 25 tredje ledd, at det ikke kan være legestanden selv, men rettssamfunnet, som må utforme informasjonsplikten innhold.²⁴¹ Plikten bør med andre ord antagelig ikke avhenge av hva den enkelte utøver av helsetjenesten subjektivt mener er adekvat og tilstrekkelig informasjon. Vurderingen bør foretas på et mer objektivt grunnlag.

Når det gjelder muligheten til å innklage navngitt helsepersonell som nevnt i punkt 5.3, kan pasienten trolig oppleve dette som at han gis «oppreisning», såfremt han da får vite om den ilagte reaksjonen. På den annen side er det noe betenkelig å straffe den enkelte helsearbeider for det som kan ha sammenheng med en «systemsvikt» i helsesektoren. Dersom så mange som opptil en av fire klager til Pasientskadenemnda nevner informasjonssvikt som en anførsel, kan det tyde på at problematikken er omfattende. Det er ikke utenkelig at begrensninger i ressurser kan føre til at informasjon nedprioriteres i systemet som helhet. Dette kan blant annet gjelde stramme tidsrammer, mangel på egnede lokaler, personellmangel med mer, se også Eskelands vurderinger nevnt i punkt 8.2.

Fokuset på informasjon har vært økende, ikke bare innen helseretten, men også på andre rettsområder som for eksempel innen forbrukerkjøpsretten og kjøp av finansielle tjenester. På bakgrunn av dette kan antagelsen om at informasjon til pasienten vanligvis ikke vil påvirke pasientens valg, slik det i 1994 ble hevdet i en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett²⁴², synes å være utdatert i dagens samfunn.

²⁴⁰ Aasen (1998) s. 177

²⁴¹ Aasen (1998) s. 383

²⁴² LB-1994-2908

9.1.3 Pasientens rettssikkerhet

Betegnelsen «rettssikkerhet» har ikke et entydig innhold.²⁴³ I det følgende brukes begrepet om kravet til «rettsriktige avgjørelser»²⁴⁴, som blant annet innebærer at det treffes korrekte vedtak i forvaltningen, og at borgerne får de ytelsene de måtte ha rett til.²⁴⁵

Norsk pasientskadeerstatning mottok i 2014 over 5200 søknader om pasientskadeerstatning, og antallet har vært jevnt stigende de siste år.²⁴⁶ Om lag 30 prosent av erstatningssøkere får vedtak om medhold i sin sak.²⁴⁷ I lys av dette kan man si at pasientskadelovens formål om at det skulle bli enklere for pasienter å nå frem med sin sak, trolig i stor grad er oppnådd dersom man sammenligner med tiden før pasientskaderettens eksistens. På den annen side gjelder ikke disse tallene for informasjonssvikt som anførsel isolert sett. Tallmaterialet som finnes kan tyde på at pasienten på dette punktet nærmest har en ikke-eksisterende rettighet, da antallet medhold for en anførsel om informasjonssvikt i første instans er på under én prosent.²⁴⁸ Også i lagmannsrettene og i Pasientskadenemnda har svært få erstatningssøkere fått medhold for informasjonssvikt, se punkt 7.3 og 7.4.

Rettssikkerhet er ikke den eneste verdien som skal ivaretas i en velferdsstat, det finnes andre hensyn som også er svært viktige.²⁴⁹ Likevel kan man, på bakgrunn av dette lave medholdstallet, spørre om borgernes rett til å motta visse ytelser fra staten er oppfylt i dette tilfelle. Det er ikke gitt at loven eller lovgiver krever at det skal være den hypotetiske vurderingen av pasientens samtykke til helsehjelp som skal ligge til grunn for årsaksvurderingen.²⁵⁰ Heller ikke at den høye terskelen for erstatning er nøye gjennomtenkt eller tilsiktet, se punkt 8.1. Tvert i mot nevnes det i lovforarbeidene og i *cauda equina*-dommen²⁵¹ at terskelen for erstatningssøkerens bevisbyrde ikke skal settes for høyt i disse tilfellene.

Det er viktig at informasjonsplikten i helsetjenesten ikke uthules. At helsepersonell overholder informasjons- og dokumentasjonsplikten overfor pasienten er, som nevnt i punkt 5, avgjørende for at pasienten skal kunne fremme sine krav i en eventuell erstatningssak. I en lagmannsrettsdom fra 2007 fremgår det blant annet at «[k]orrekt og fullstendig journalføring

²⁴³ Aasen (1998) s. 19

²⁴⁴ Kjønsstad (2012) s. 113

²⁴⁵ Kjønsstad (2012) s. 113

²⁴⁶ Pasientskadenemnda (2015a)

²⁴⁷ Pasientskadenemnda (2015b)

²⁴⁸ Se Vedlegg I

²⁴⁹ Kjønsstad (2012) s. 119

²⁵⁰ Se punkt 4.6

²⁵¹ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

er ikkje berre til hjelp for pasient og lege ved seinare eventuell helsehjelp, men er i stor grad ein føresetnad for pasientens rettmessige rettstryggleik»²⁵².

9.2 Cauda equina-dommen som prejudikat

Noe av det mest sentrale ved cauda equina-dommen er som nevnt at den fastslår at en hypotetisk vurdering av pasientens samtykke til helsehjelp er tilstrekkelig for å klargjøre om det finnes årsakssammenheng mellom informasjonssvikt og pasientskade.

Det kan synes kunstig å snakke om at noe «abstrakt» som informasjonssvikt skal ha forårsaket en fysisk skade oppstått under medisinsk behandling. At den hypotetiske vurderingen skal være «konkret og individuell» og ikke basert på en antatt generell «normal pasientadferd», har trolig liten betydning i realiteten. Når man vurderer om pasienten ville ha latt seg operere i den aktuelle situasjonen, blir det likevel til sist den antatt «normale adferd» som er målestokken, selv om det er kjent at mennesker iblant både kan handle irrasjonelt og mot bedre viten eller helsepersonells råd.

Høyesteretts flertall oppstiller først en lav terskel når det gjelder bevisbyrden.²⁵³ Deretter foretas en konkret vurdering av pasientens situasjon. I denne saken peker flertallets talsmann på at pasienten var en ung mann, og at det forelå andre valgmuligheter enn operasjon i hans tilfelle. Imidlertid hadde pasienten egne barn, slik at det indirekte kan fremgå at seksualfunksjonen ikke var av samme viktighet for ham som for andre (barnløse). Pasienten var også svært plaget med smerter og kunne ikke utføre sitt vanlige arbeid som følge av dette.

Momenter som taler for at dommen er svekket som prejudikat:

- Dommens alder: Flere sentrale lover har tilkommet på helserettens område siden 1998, deriblant pasientskadeloven, som ikke nevner hypotetisk samtykke, og pasient- og brukerrettighetsloven, som klart fremhever pasientens rett til informasjon og hovedregelen om samtykke til helsehjelp
- Dissens 3-2, hvorav justitiarius Carsten Smith selv stemte med mindretallet
- Begrunnelsen: Flertallet var svært kort i sin begrunnelse av hvorfor informasjonssvikten ikke hadde ført til skade for denne pasienten i dette tilfelle. Få konkrete, relativt generelle momenter ble nevnt, som at pasienten hadde barn fra før, og at han var blitt arbeidsufør på grunn av sine plager med ryggen. At seksualfunksjonen var nedsatt som følge av helsehjelpen, ble ikke vurdert å være i noen særstilling med hensyn til informasjonsvurderingen.

²⁵² LA-2007-48909

²⁵³ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

9.3 Hva taler for hypotetiske vurderinger

Enkelte har tatt til orde for at informasjonssvikt bør være et selvstendig erstatningsgrunnlag i pasientskaderetten, og dermed kunne gi pasienten rett til erstatning i de tilfeller der det påvises.²⁵⁴ En slik løsning kan imidlertid føre til at man ser bort fra kravet til årsakssammenheng mellom informasjonsvikten og pasientskaden. Det er derfor på annet hold hevdet at informasjonssvikt ikke kan være tilstrekkelig i seg selv, da verken pasientskadeloven eller forarbeidene synes å stille som hovedregel et svakere krav til årsakssammenheng i informasjonssviktilfellene jamfør bruken av ordene «når skaden skyldes [...] svikt» i § 2 første ledd.²⁵⁵ Det er også nevnt at det taler med tyngde mot et selvstendig erstatningsansvar at informasjonssvikt kan tas med som et moment i unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2, tredje ledd.²⁵⁶ Denne bestemmelsen er som nevnt i punkt 4.5 en særregel som kan redusere kravet til årsakssammenheng i visse tilfeller.

Ut fra adekvanslæren i alminnelig erstatningsrett er det meningen at det skal foretas en vurdering av det mest sannsynlige årsaksforløpet og en vurdering av om skadefølgen er for fjern eller upåregnelig, se punkt 2.4. En vurdering av hva pasienten mest sannsynlig ville ha samtykket til av helsehjelp i det aktuelle tilfellet, kan dermed synes nødvendig. Aasen mener at selv om et hypotetisk samtykke ikke i seg selv er tilstrekkelig som rettsgrunnlag for helsehjelp, kan det likevel være relevant å se hen til hva pasienten mest sannsynlig ville ha gjort i den aktuelle situasjonen.²⁵⁷

Å fastsette informasjonspliktenes nøyaktige innhold, fremstår i tillegg som en umulig oppgave. De ulike kombinasjoner av diagnoser og pasienter vil variere i en slik grad at det trolig ikke kan la seg gjøre å fastsette informasjonspliktenes innhold helt konkret, ihvertfall ikke i lov eller forskrifts form. Samtidig er utfordringen ved en skjønnsmessig informasjonsplikt at det blir svært vanskelig for en rettsansvender å vurdere om plikten er oppfylt etter loven i en konkret situasjon. Dette kan nødvendiggjøre bruk av hypotetiske vurderinger.

9.4 Rettsutviklingen og konsekvenser for praktiseringen av pasientskadeloven

Høyesterett har karakterisert informasjonssvikt som en norm som kan ha ulikt innhold over tid.²⁵⁸ Dette kan tyde på at det skal være mulig å vurdere innholdet av begrepet «informasjonssvikt» når man tar den senere samfunns- og rettsutviklingen i betraktning.

²⁵⁴ Nygaard (2007) s. 481

²⁵⁵ Syse (2011) s. 67

²⁵⁶ Syse (2011) s. 67

²⁵⁷ Aasen (1998) s. 621

²⁵⁸ Rt. 1998 s. 1538, s. 1545

Kjønstad mener at 1990-tallet «representerte et tilbakeslag når det gjaldt pasientenes erstatningsrettslige vern».²⁵⁹ Utviklingen kan likevel sies å ha gått i retning av et sterkere rettigheter for pasienter de senere år, som vist i punkt 7. Vedtagelsen av pasientskadeloven kan i seg selv sees som et ledd i rettsutviklingen og styrkingen av pasientrettighetene innen helse retten. Tanken på å styrke vernet for den som er påført skade ved utøvelse av helsehjelp, var antagelig ganske fremmed i Norge for ikke så mange tiårene siden, jamfør Høyesteretts dom fra 1981, nevnt i punkt 7.2.²⁶⁰

Hva skiller sykejournaldommen og Fusadommen fra cauda equina-dommen? De to førstnevnte dommene gjaldt ikke erstatningsrettslige spørsmål, men alle tre avgjørelser gjaldt pasienters rettigheter; rettigheter som ikke kom klart frem av lov, forarbeider eller tidligere rettspraksis. Det kan være interessant å se på hvorfor Høyesterett kunne «skjære igjennom» og gi pasienten medhold på bakgrunn av en vurdering av reelle hensyn i de to første sakene, men ikke i den siste.

Når det gjelder sykejournaldommen er det nærliggende å peke på de økonomiske konsekvensene av avgjørelsen. Å senke terskelen for ansvar i saker om informasjonssvikt har trolig langt større økonomiske konsekvenser enn å gi pasienter tilgang til pasientjournalene sine. Dessuten var en lovendring om retten til journalinnsyn alt under utredning²⁶¹ slik at retten til journalinnsyn ikke var helt uventet. I Fusasaken var det tale om fastsetting av retten til en minstestandard for tilbudt helsehjelp fra det offentlige. Denne retten antas å ha eksistert på ulovfestet grunnlag på tidspunktet for domsavsigelsen.²⁶² Det ble derfor reelt sett ikke lagt noen ekstra byrde på kommuneøkonomien, det var mer tale om en faktisk klargjøring av pasientrettigheten.

Mathiesen skriver om Fusadommen²⁶³ at «holdningen i samfunnet, opinionen [...] hadde utviklet seg gjennom atskillige år, særlig på 1980-tallet, i favør av sikring av minsterettigheter for stønadstrengende, og i en viss utstrekning *i det hele tatt rettighetsprinsipper for «svakstilte»*»²⁶⁴. Han mener at det ikke var gitt at saksøkeren, som her var en kvinne med behov for tjenester fra hjemmesykepleien i kommunen, ville ha vunnet tvisten med kommunen dersom saken var blitt reist 20 år tidligere. Han oppsummerer videre at den rettslige og politiske utviklingen i årene forut for saken, var slik at den «ble fremmet i en

²⁵⁹ Kjønstad (2007) s. 102

²⁶⁰ Rt. 1981 s. 728

²⁶¹ Kjønstad (2007) s. 109

²⁶² Kjønstad (2007) s. 111

²⁶³ Rt. 1990 s. 874

²⁶⁴ Mathiesen (2005) s. 197, min uthevelse

sammenheng som var gunstig for å nå de legalstrategiske målsettingene»²⁶⁵. Aasen ser denne dommen som et uttrykk for at rettsutviklingen kan tillegges vekt.²⁶⁶

I rettspraksis vises det iblant uttrykkelig til rettsutviklingen når det gjelder pasientrettighetene. I en lagmannsrettsdom fra 2005 pekes det på at «utviklingen generelt [går] i retning av strengere krav til informasjon overfor pasienter, slik det nå er nedfelt i pasientrettighetsloven § 3-2»²⁶⁷. Det samme fremgikk av lagmannsrettens flertall i en dom fra 2001: «Jeg vil også peke på at det i de senere år synes å ha skjedd en utvikling i synet på hvor omfattende opplysninger som skal eller bør gis en pasient»²⁶⁸. Pasienten fikk imidlertid ikke medhold for at det forelå erstatningsbetingende informasjonssvikt i noen av disse avgjørelsene.

Det er ikke klart i hvilken grad rettsutviklingen kan eller skal ha betydning for vurderingen av informasjonssvikt. I Rt.1993 s. 1169, nervesvulstdommen, fastslo førstvoterende at «omfanget av opplysningsplikten i et tilfelle som det foreliggende etter min mening ikke er klar. Jeg vil også peke på at det i de senere år synes å ha skjedd en utvikling i synet på hvor omfattende opplysninger som skal eller bør gis en pasient». Retten fant at saksøkte (i dette tilfelle sykehuset, ved Aust-Agder fylkeskommune) skulle bedømmes «ut fra forholdene slik de forelå da opplysningene ble gitt»²⁶⁹. Aasen mener dette er et uttrykk for at man ikke kan legge vekt på den rettsutvikling som har skjedd på et senere tidspunkt enn handlingen saken gjelder.²⁷⁰ Dette synspunktet støttes også av en underrettsdom fra Borgarting lagmannsrett i 2007, hvor retten mente at det «heller ikke [kan] være avgjørende at pasientrettighetsloven har innført strengere og mer konkrete regler om plikt til informasjon og krav til pasientens samtykke til helsehjelp»²⁷¹.

9.5 Tre alternativer

I det følgende skisseres tre alternativer til den hypotetiske vurderingen av årsakssammenheng mellom informasjonssvikt og pasientskade, slik den praktiseres i dag.

Alternativ I: Informasjonssvikt omfattes ikke av pasientskadeloven. Muligheten til erstatning følger av alminnelige erstatningsrettslige regler, slik rettstilstanden er i Sverige, se pkt. 6. Dette løser imidlertid få problemer. I praksis synes vurderingen av informasjonssvikt etter

²⁶⁵ Mathiesen (2005) s. 199

²⁶⁶ Aasen (1998) s. 153

²⁶⁷ LB-2005-52848

²⁶⁸ LG-2001-1590

²⁶⁹ Rt. 1993 s. 1169, s. 1175

²⁷⁰ Aasen (1998) s. 421

²⁷¹ LB-2007-16311

svensk rett å bli nokså lik vurderingen etter norsk rett. Det blir fortsatt en svært høy terskel når det gjelder å oppnå erstatning for pasientskader som skyldes informasjonssvikt. Det styrker ikke informasjonsplikten som pasientrettighet og gir heller ikke noe umiddelbart insentiv for helsevesenet til å bedre informasjonsrutinene sine overfor pasientene.

Alternativ II: Den hypotetiske vurderingen som foretas ved informasjonssvikt tydeliggjøres i lovens ordlyd. Dette kan gi større klarhet og forutberegnelighet for pasienten, men oppfattes trolig ikke som tillitvekkende med hensyn til helsepersonell-pasient-relasjonen. Det styrker heller ikke informasjonsplikten som pasientrettighet, snarere tvert imot. Samtidig vil det også uthule hovedregelen om samtykke til helsehjelp slik det fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven, se punkt 5.1. Dette alternativet vurderes derfor som urealistisk.

Alternativ III: I de tilfeller der det er påvist informasjonssvikt, men det er usikkerhet om årsakssammenhengen, benyttes en form for analogi til pasientskadeloven § 3. I denne bestemmelsen presumeres det som før nevnt at behandlingen var erstatningsbetingende i de tilfellene hvor man ikke finner noen annen forklaring på pasientskaden enn at det må ha skjedd en svikt, se punkt 4.6. Forarbeidene presiserer at det ikke er tale om en «omvendt bevisbyrde» i slike tilfelle, men å gjøre «en faktisk formodning om til en rettslig regel»²⁷². Dersom det påvises informasjonssvikt, kan det brukes som et bevismoment mot yteren av helsehjelpen, slik det ble i den før nevnte dommen inntatt i Rt. 1989 s. 674. Manglende informasjon til pasienten kan dermed vurderes på samme måte som manglende dokumentasjon i en journal, punkt 5.4.

Praktisering av et prinsipp om presumsjon for erstatningsbetingende behandling ved informasjonssvikt kan begrunnes ut fra synet som er fremholdt i juridisk teori, om at det som hovedregel er culpøst å yte helsehjelp i strid med samtykkekravet i pasientrettighetsloven.²⁷³ Det kan også begrunnes ut fra formålsbetraktninger, da en lavere terskel for erstatning trolig fører til at flere pasienter når frem med sine erstatningskrav, slik lovens intensjon var, se punkt 3. Prinsippet kan også begrunnes i andre reelle hensyn. Helsetjenesten og tilbyderer av helsehjelpen er som oftest nærmest til å ha et overordnet ansvar i informasjonsspørsmålet, både med å informere pasienten og dokumentere den informasjon som gis, se punkt 5.3 og 5.4. Rettferds- og rimelighetshensyn kan derfor tilsi at pasienten ikke skal ha den fulle bevisbyrden for informasjonssvikt. Informasjons- og dokumentasjonsplikten kan med dette alternativet styrkes som pasientrettighet. Man reduserer også faren for «vidløftige vurderinger av uklare fakta», se punkt 4.6. Helsetjenesten får også trolig et sterkere insentiv til å bedre

²⁷² Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 70

²⁷³ Kjønsstad (2007) s. 264

sine informasjonsrutiner både skriftlig og muntlig dersom flere pasienter får medhold for sine anførsler om informasjonssvikt som årsak til pasientskade. Dette kan igjen føre til økt fokus på styrket kvalitet og pasientsikkerhet i helsetjenesten, se punkt 7.1.

Alternativ III vil trolig ikke bare ha mulige positive konsekvenser. En overgangsperiode kan bli krevende for samfunnet og helsevesenet på mange plan, både omstillings- og ressursmessig, jamfør Eskelands vurdering av ressursituasjonens betydning i punkt 8.2. Det er ikke gitt at helsevesenet per i dag er klare for de krav som forvaltning og rettsapparat i så fall vil legge på det når det gjelder informasjon til pasienter og dokumentasjonen av denne. Aasen viser til en undersøkelse der det fremgikk at det i 95% av 216 undersøkte pasientjournaler ikke var dokumentert at pasienten var informert om planlagte kirurgiske inngrep og de mulige risikomomentene på forhånd.²⁷⁴ Undersøkelsen er foretatt før de nye helselovene ble vedtatt, men det er likevel ikke usannsynlig at helsevesenet fortsatt har utfordringer på dette punktet.

En antatt mer omfattende dokumentasjonsplikt enn det som foreligger i dag kan også tenkes å føre til økt «byråkratisering» og rettsliggjøring av helsevesenet, der et hvert tenkelig faremoment må advares mot om det er aldri så fjerntliggende. Helsearbeidere må dermed bruke enda mer tid på dokumentasjon og informasjon enn det som allerede gjøres, noe som kanskje tas av tiden til pasientbehandling og den direkte kontakten med pasienten. Økt ressursbruk til informasjonsarbeid kan igjen medføre økte kostnader og økonomiske utfordringer i allerede pressede budsjetter.

²⁷⁴ Aasen (1998) s. 377; Aasen viser her til en undersøkelse ved Emblem m.fl., som igjen viser til arbeider av Nolin og Vincent m.fl.

10 Oppsummering

Når det gjelder informasjonssvikt som erstatningsgrunnlag kan det lave antall medhold i disse sakene tyde på at pasientskadelovens intensjon om at pasienten i større grad skal nå frem med sitt erstatningskrav, ikke er oppnådd. Årsaken til dette synes å ha sammenheng med praktiseringen av hypotetisk samtykke etter Høyesteretts domspremisser i *cauda equina*-dommen. Kjønstad nevner denne dommen i en oversikt over domstolsskapt rett²⁷⁵, men omtaler selve dommen som «tvilsom»²⁷⁶. Det er hevdet at en rettsregels innhold bør «framstå som et resultat av en normativ overveieelse, og ikke bare av en konstatering av at regelen faktisk anvendes på en bestemt måte»²⁷⁷. Mye kan derfor tale for at praksis med hensyn til informasjonssvikt bør endres, slik at formålet med loven i større grad kan nås.

Man kan se for seg at de økonomiske kostnadene ved pasientskadeerstatningen ville øke om terskelen for å få medhold for informasjonssvikt ble satt lavere. I forarbeidene til pasientskadeloven uttrykkes interessekonflikten slik: «Den enkelte skadelidte kunne alltid ha ønsket seg bedre erstatningsmuligheter. Men erstatningsreglene innebærer en avveining av skadelidtes interesser mot samfunnets interesse i å kunne bruke penger på andre formål»²⁷⁸. Lovgiveren synes imidlertid ikke å være svært bekymret for den økonomiske belastningen ved å innføre en ordning med pasientskadeerstatning. Man finner at det har «størst vekt at loven vil gi en praktisk mulighet for dem som kommer til skade under behandling i helsevesenet, til å få erstatning, slik at de slipper å bære sine tap selv»²⁷⁹.

Jeg mener det bør veie tungt at lovgiver ikke selv har hatt størst fokus på økonomiske hensyn, men på pasienten, ved innføring av en ordning med pasientskadeerstatning. Lovgiver har også hatt fokus på et mer systematisk arbeid med pasientsikkerhet og kvalitet i helse-og omsorgstjenesten i forbindelse med utarbeidelsen av vår nyeste helselov i 2011, se punkt 7.1. Aksept av hypotetisk samtykke kan som nevnt i punkt 9.1.2 tvert imot bidra til å undergrave informasjonsplikten. Videre fastslås det i *cauda equina*-dommen at terskelen for erstatningssøkerens bevisbyrde ikke skal være for høy.²⁸⁰ I lys av dette og de øvrige momentene vurdert i punkt 9 mener jeg det kan være riktig å senke terskelen for erstatning ved påvist informasjonssvikt, som skissert i punkt 9.5, alternativ III. Dette bør kunne gjøres selv om man samtidig tar hensyn til adekvanslæren og det alminnelige erstatningsrettslige prinsipp om at skaden ikke skal være for fjern eller avledet.

²⁷⁵ Kjønstad (2007) Del II kapittel 3

²⁷⁶ Kjønstad (2007) s. 98

²⁷⁷ Aasen (1998) s. 102-103

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 31 s. 63

²⁷⁹ Innst.O.nr.68 (2000-2001), avs. 1.1.7

²⁸⁰ Rt. 1998 s. 1538, s. 1548

11 Litteraturliste

Teori:

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg., 2009

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., 2001

Eskeland, Ståle, «Arbeidsvern i Nordsjøen», *Lov og Rett* (1976), s. 291-314 (Sitert fra Lovdata)

Eskeland, Ståle, «Trenger vi en lov om pasientrettigheter?», *Kritisk Juss*, (1988), s. 3-25 (Sitert fra Lovdata)

Hellbacker, Ulf, Carl Espersson og Henry Johansson, *Patientskaddeersättning vid skador inom sjukvården* (2006)

<http://www.pff.se/upload/Patientskadeersättning%20vid%20skador%20inom%20sjukvården,%20en%20kommentar%20av%20Ulf%20Hellbacker,%20Carl%20Espersson%20och%20Henry%20Johansson.pdf> [Sitert 11. februar 2015]

Johnsson, Lars-Åke, *Den nya patientsäkerhetslagen och patientens rättigheter*, 2010

Kjønstad, Asbjørn, «Er Høyesterett statsvennlig?», *Lov og Rett* (1999), s. 97-122 (Sitert fra Lovdata)

Kjønstad, Asbjørn, «Relle hensyn som rettskilde» I: *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste...*, 2006, s. 357-382 [Sitert 20. januar 2015 fra Lovdata]

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utg., 2007

Kjønstad, Asbjørn, og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utg., 1. opplag, 2012

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg., 1. opplag, 2009

Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet*, 5. utg., 2005

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utg., 2007

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utg., 2. opplag 2013, 2004

Syse, Aslak, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad, *Pasientskaderett*, 2011

Syse, Aslak, «Materielle og prosessuelle skiller mellom pasientskaderett etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett» I: *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad*, 2013, s. 587-601 [Sitert 2. mars 2015 fra Lovdata]

Aasen, Henriette Sinding, «*Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*», 1998

Aasen, Henriette Sinding, «Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt» I: *Nybrott og Odling - festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, 2002, s. 225-238 [Sitert 11. februar 2015 fra Lovdata]

Lover:

1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1988	Lov 23. des. nr. 104 om produktansvar (produktansvarsloven)
1989	Lov 16. juni nr. 65 om yrkesskedeforsikring
1999	Lov 2. juli. nr. 62. Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
1999	Lov 2. juli. nr. 63. Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
1999	Lov 2. juli. nr. 64. Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
2001	Lov 15. juni. nr. 53. Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)
2011	Lov 24 juni. nr. 30. Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Opphevede lover:

1969	Lov 19. juni nr. 57 om sykehus m.v. (sykehusloven)
1980	Lov 13. juni nr. 42 om leger (legeloven)

Midlertidige regler:

1988 Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker, FOR-1988-01-01-4458

Forskrifter:

2002 Forskrift 20. desember 2002 nr. 1625 om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda

2000 Forskrift 21. desember nr.1385 om pasientjournal

Forarbeider:

Innst.O.nr.68 (2000-2001) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Ot.prp.nr.31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr.44 (1988-1989) Om lov om yrkesskedeforsikring

Ot.prp.nr.55 (1999-2000) Om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Prop.91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader

Svensk lov:

Patientskadelag (1996:799)

Svenske forarbeider:

Prop. 1995/96:187 Patientskadelag m.m.

Norsk Retstidende:

Rt. 1960 s. 357
Rt. 1960 s. 841
Rt. 1977 s. 1035
Rt. 1981 s. 728
Rt. 1989 s. 674
Rt. 1990 s. 874
Rt. 1992 s. 64
Rt. 1993 s. 1169
Rt. 1998 s. 1538
Rt. 2000 s. 646
Rt. 2006 s. 1217
Rt. 2008 s. 218
Rt. 2013 s. 653

Lagmannsrettsavgjørelser:

LB-1994-2908
LG-2001-1590
LG-2005-79735
LB-2005-52848
LB-2006-142740
LB-2007-16311
LA-2007-48909
LA-2010-11107

Tingrettsavgjørelser

TOSLO-2005-146707
TOSLO-2012-195409

Pasientskadenemndas avgjørelser:

PSN-2011-381
PSN-2011-481
PSN-2011-726
PSN-2012-156
PSN-2012-1411
PSN-2012-1492
PSN-2013-251
PSN-2013-297
PSN-2013-331

PSN-2013-1151
PSN-2013-1280
PSN-2013-1327
PSN-2013-1528
PSN-2013-1601
PSN-2014-258

Nettsider:

Pasientskadenemnda, *statistikk* (2015a):

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Nemndsbehandlede-saker/> [sitert 10.03.15]

Pasientskadenemnda, *Medhold/avslag* (2015b):

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Avviklede-saker-totalt/> [sitert 10.03.15]

Store norske leksikon (2015), *Hypotese*, <https://snl.no/hypotese> [sitert 02.04.15]

Personlig meddelelse:

Thomsen, Mette Willumstad, e-post, 23. januar 2015

Vedlegg I Statistikk fra Norsk pasientskadeerstatning

Statistisk oversikt per e-post (2015) fra Mette Willumstad Thomsen, Seniorrådgiver i Norsk pasientskadeerstatning:

Årsak til medhold	2010	2011	2012	2013	2014	Totalt	Prosent
Svikt i diagnostikk	369	414	433	406	461	2083	30,1 %
Svikt i behandling	700	763	683	731	768	3645	52,7 %
Svikt i pleie	13	9	17	13	13	65	0,9 %
Ikke tålbar skade (bivirkninger)	6	4	2	4	3	19	0,3 %
Informasjonssvikt	8	17	8	9	8	50	0,7 %
Teknisk svikt	5	8	4	6	8	31	0,4 %
Smitte eller infeksjon	155	160	151	150	157	773	11,2 %
Vaksinasjon	3	5	57	27	13	105	1,5 %
Annet	8	9		1	5	23	0,3 %
Unntaksbestemmelsen	33	16	21	28	24	122	1,8 %
Totalt	1300	1405	1376	1375	1460	6916	100,0 %

Vedlegg II Avgjørelser fra Pasientskadenemnda

Nedenfor følger en oversikt over 179 avgjørelser av Pasientskadenemnda, publisert på Lovdata, der informasjonssvikt ble anført av eller på vegne av pasienten, i tidsrommet januar 2014 til og med mars 2015. Betegnelsen «uklart/ikke vurd.» innebærer at nemnda av ulike årsaker ikke har tatt stilling til om det foreligger informasjonssvikt. Typisk forekommer dette der det antas at det uansett ikke er tilstrekkelig årsakssammenheng mellom en eventuell informasjonssvikt og pasientskaden, fordi man vurderer at pasienten uansett mest sannsynlig ville ha samtykket til helsehjelpen med tilstrekkelig informasjon.

	Saksnummer	Type helsehjelp	Påvist info.svikt	Medhold for info.svikt
1	PSN-2013-251	operasjon gyn	ja	ja
2	PSN-2013-297	operasjon hud	ja	ja
3	PSN-2013-1280	operasjon bukplastikk	ja	ja
4	PSN-2014-258	operasjon øye	ja	ja
5	PSN-2012-409	operasjon rygg	ja	nei
6	PSN-2012-493	fødsel	ja	nei
7	PSN-2012-779	operasjon hjerte	ja	nei
8	PSN-2013-186	behandling mage	ja	nei
9	PSN-2013-323	operasjon pulsåre	ja	nei
10	PSN-2013-442	operasjon øye	ja	nei
11	PSN-2013-902	operasjon gyn	ja	nei
12	PSN-2013-1133	operasjon bekken	ja	nei
13	PSN-2013-1327	operasjon hofte	ja	nei
14	PSN-2013-1862	tannbehandling	ja	nei
15	PSN-2014-860	operasjon nakke	ja	nei
16	PSN-2011-1345	operasjon spyttkjertel	nei	nei
17	PSN-2011-1516	operasjon nese	nei	nei
18	PSN-2012-823	slankeoperasjon	nei	nei
19	PSN-2012-885	operasjon rygg	nei	nei
20	PSN-2012-1139	forsinket diagnose	nei	nei
21	PSN-2012-1585	operasjon aortaaneurisme	nei	nei
22	PSN-2012-1621	legemiddel	nei	nei
23	PSN-2012-1704	fødsel	nei	nei
24	PSN-2013-18	svikt ved helsehjelp	nei	nei
25	PSN-2013-20	operasjon galle	nei	nei
26	PSN-2013-22	operasjon kjeve	nei	nei
27	PSN-2013-64	operasjon rygg	nei	nei
28	PSN-2013-83	tannbehandling	nei	nei
29	PSN-2013-86	kreftbehandling	nei	nei
30	PSN-2013-130	operasjon nakke	nei	nei
31	PSN-2013-218	operasjon fot, anestesi	nei	nei
32	PSN-2013-224	operasjon rygg	nei	nei

33	PSN-2013-268	operasjon bryst	nei	nei
34	PSN-2013-331	operasjon tunge	nei	nei
35	PSN-2013-351	operasjon hånd	nei	nei
36	PSN-2013-384	operasjon øre	nei	nei
37	PSN-2013-385	operasjon kne	nei	nei
38	PSN-2013-391	operasjon øye	nei	nei
39	PSN-2013-397	operasjon mage	nei	nei
40	PSN-2013-443	operasjon rygg	nei	nei
41	PSN-2013-513	operasjon halskar	nei	nei
42	PSN-2013-514	behandling cyste	nei	nei
43	PSN-2013-520	operasjon hjerne	nei	nei
44	PSN-2013-526	legemiddel	nei	nei
45	PSN-2013-536	operasjon øye	nei	nei
46	PSN-2013-606	slankeoperasjon	nei	nei
47	PSN-2013-780	forsinket behandling	nei	nei
48	PSN-2013-786	operasjon mage	nei	nei
49	PSN-2013-788	operasjon mage	nei	nei
50	PSN-2013-991	forsinket diagn./beh. kreft	nei	nei
51	PSN-2013-1060	operasjon hofte	nei	nei
52	PSN-2013-1109	slankeoperasjon	nei	nei
53	PSN-2013-1153	operasjon hjerte	nei	nei
54	PSN-2013-1231	ect behandling	nei	nei
55	PSN-2013-1269	operasjon kne	nei	nei
56	PSN-2013-1368	slankeoperasjon	nei	nei
57	PSN-2013-1403	operasjon fot	nei	nei
58	PSN-2013-1415	operasjon mage	nei	nei
59	PSN-2013-1449	operasjon øye	nei	nei
60	PSN-2013-1459	operasjon arm	nei	nei
61	PSN-2013-1476	forsinket beh. hjernekyste	nei	nei
62	PSN-2013-1492	operasjon øye	nei	nei
63	PSN-2013-1500	operasjon rygg	nei	nei
64	PSN-2013-1528	operasjon fot	nei	nei
65	PSN-2013-1538	operasjon rygg	nei	nei
66	PSN-2013-1601	operasjon mage	nei	nei
67	PSN-2013-1717	operasjon hofte	nei	nei
68	PSN-2013-1891	operasjon fot	nei	nei
69	PSN-2014-420	operasjon skulder	nei	nei
70	PSN-2014-646	kreftbehandling	nei	nei
71	PSN-2014-817	operasjon rygg	nei	nei
72	PSN-2014-1193	operasjon hals	nei	nei
73	PSN-2011-940	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
74	PSN-2011-1165	operasjon nese	uklart/ikke vurd.	nei
75	PSN-2012-836	operasjon hode	uklart/ikke vurd.	nei
76	PSN-2012-867	operasjon ben	uklart/ikke vurd.	nei

77	PSN-2012-988	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
78	PSN-2012-1060	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
79	PSN-2012-1358	vaksine	uklart/ikke vurd.	nei
80	PSN-2012-1429	operasjon struma	uklart/ikke vurd.	nei
81	PSN-2012-1579	operasjon haleben	uklart/ikke vurd.	nei
82	PSN-2012-1631	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
83	PSN-2012-1681	operasjon spiser	uklart/ikke vurd.	nei
84	PSN-2012-1722	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
85	PSN-2012-1728	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
86	PSN-2012-1763	operasjon åreknuter	uklart/ikke vurd.	nei
87	PSN-2013-67	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
88	PSN-2013-100	operasjon bryst	uklart/ikke vurd.	nei
89	PSN-2013-102	tannbehandling	uklart/ikke vurd.	nei
90	PSN-2013-135	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	nei
91	PSN-2013-141	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
92	PSN-2013-158	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
93	PSN-2013-182	operasjon CVK	uklart/ikke vurd.	nei
94	PSN-2013-212	fødsel	uklart/ikke vurd.	nei
95	PSN-2013-213	operasjon rektum	uklart/ikke vurd.	nei
96	PSN-2013-296	operasjon plastikk nese	uklart/ikke vurd.	nei
97	PSN-2013-314	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
98	PSN-2013-324	operasjon hjerte	uklart/ikke vurd.	nei
99	PSN-2013-345	operasjon gyn	uklart/ikke vurd.	nei
100	PSN-2013-357	operasjon nakke	uklart/ikke vurd.	nei
101	PSN-2013-404	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	nei
102	PSN-2013-412	operasjon aortaaneurisme	uklart/ikke vurd.	nei
103	PSN-2013-419	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
104	PSN-2013-463	operasjon hjerne	uklart/ikke vurd.	nei
105	PSN-2013-478	legemiddel	uklart/ikke vurd.	nei
106	PSN-2013-482	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
107	PSN-2013-525	bruddbehandling hånd	uklart/ikke vurd.	nei
108	PSN-2013-530	operasjon hjerte/kar	uklart/ikke vurd.	nei
109	PSN-2013-539	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
110	PSN-2013-541	operasjon skulder	uklart/ikke vurd.	nei
111	PSN-2013-557	operasjon hjerte	uklart/ikke vurd.	nei
112	PSN-2013-566	operasjon reflux	uklart/ikke vurd.	nei
113	PSN-2013-572	operasjon skulder	uklart/ikke vurd.	nei
114	PSN-2013-597	operasjon plastikk	uklart/ikke vurd.	nei
115	PSN-2013-617	operasjon ben	uklart/ikke vurd.	nei
116	PSN-2013-640	operasjon reflux	uklart/ikke vurd.	nei
117	PSN-2013-644	operasjon gyn	uklart/ikke vurd.	nei
118	PSN-2013-645	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
119	PSN-2013-651	kreftbehandling	uklart/ikke vurd.	nei
120	PSN-2013-655	operasjon gyn	uklart/ikke vurd.	nei

121	PSN-2013-660	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
122	PSN-2013-665	operasjon hånd	uklart/ikke vurd.	nei
123	PSN-2013-680	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
124	PSN-2013-727	mangelfull oppfølg. vitamin C	uklart/ikke vurd.	nei
125	PSN-2013-728	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
126	PSN-2013-752	cystoskopiundersøkelse	uklart/ikke vurd.	nei
127	PSN-2013-755	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
128	PSN-2013-820	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
129	PSN-2013-831	operasjon nese	uklart/ikke vurd.	nei
130	PSN-2013-882	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	nei
131	PSN-2013-908	operasjon hjerne	uklart/ikke vurd.	nei
132	PSN-2013-938	forsinket diagn./beh. kreft	uklart/ikke vurd.	nei
133	PSN-2013-984	operasjon gyn	uklart/ikke vurd.	nei
134	PSN-2013-1105	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
135	PSN-2013-1120	operasjon nyre	uklart/ikke vurd.	nei
136	PSN-2013-1148	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
137	PSN-2013-1149	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
138	PSN-2013-1155	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
139	PSN-2013-1164	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
140	PSN-2013-1205	operasjon bukspyttkjertel	uklart/ikke vurd.	nei
141	PSN-2013-1248	forsinket beh. blindtarm	uklart/ikke vurd.	nei
142	PSN-2013-1278	operasjon spiserørsbrokk	uklart/ikke vurd.	nei
143	PSN-2013-1284	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
144	PSN-2013-1505	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
145	PSN-2013-1517	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
146	PSN-2013-1593	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
147	PSN-2013-1619	operasjon øre	uklart/ikke vurd.	nei
148	PSN-2013-1702	operasjon kjeve	uklart/ikke vurd.	nei
149	PSN-2013-1731	operasjon aortaaneurisme	uklart/ikke vurd.	nei
150	PSN-2013-1844	operasjon hjerne	uklart/ikke vurd.	nei
151	PSN-2013-1945	operasjon nakke	uklart/ikke vurd.	nei
152	PSN-2014-239	operasjon skulder	uklart/ikke vurd.	nei
153	PSN-2014-548	operasjon hånd	uklart/ikke vurd.	nei
154	PSN-2014-579	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
155	PSN-2014-653	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	nei
156	PSN-2014-663	operasjon nakke	uklart/ikke vurd.	nei
157	PSN-2014-688	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	nei
158	PSN-2014-730	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	nei
159	PSN-2014-733	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	nei
160	PSN-2014-757	operasjon skulder	uklart/ikke vurd.	nei
161	PSN-2014-816	operasjon mage	uklart/ikke vurd.	nei
162	PSN-2014-880	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	nei
163	PSN-2014-1020	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	nei
164	PSN-2011-1381	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
165	PSN-2013-245	fødsel	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.

166	PSN-2013-257	forsinket/mangelfull beh. ankel	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
167	PSN-2013-273	feilbehandling søvnapné	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
168	PSN-2013-333	legemiddel	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
169	PSN-2013-424	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
170	PSN-2013-427	operasjon urinveier	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
171	PSN-2013-740	behandling bruddskade fot	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
172	PSN-2013-799	operasjon hofte	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
173	PSN-2013-957	diagnost./beh. nyrestein	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
174	PSN-2013-965	operasjon rygg	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
175	PSN-2013-997	operasjon fot	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
176	PSN-2013-1086	pleiesvikt	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
177	PSN-2013-1151	forsinket diagn./beh. hjerne	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
178	PSN-2013-1334	operasjon øye	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.
179	PSN-2014-576	operasjon kne	uklart/ikke vurd.	uklart/ikke vurd.

Totalt:

	Påvist infosvikt	Ikke påvist infosvikt	Ikke vurdert/ konkludert infosvikt	Sum
Operasjoner	12	44	89	145
Annet	3	13	18	34

*“Though the doctors treated him, let his blood, and gave him medications to drink,
he nevertheless recovered.”*

(Leo Tolstoy, “War and peace”)